

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO



O DIREITO DO PRODUTOR DE ESPECTÁCULOS

MAFALDA MARIA RODRIGUES DOS SANTOS SEBASTIÃO

ÁREA DE ESPECIALIZAÇÃO: DIREITO INTELECTUAL
ANO: 2011

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO



O DIREITO DO PRODUTOR DE ESPECTÁCULOS

DISSERTAÇÃO ORIENTADA PELO
PROFESSOR DOUTOR JOSÉ ALBERTO VIEIRA

MAFALDA MARIA RODRIGUES DOS SANTOS SEBASTIÃO

ÁREA DE ESPECIALIZAÇÃO: DIREITO INTELECTUAL

ANO: 2011

Agradecimentos

Ao Exmo. Senhor Professor José Alberto Vieira, pela disponível e atenta orientação.

Ao meu pai.

Ao João.

Às minhas colegas Maria Vlachou e Cecília Folgado.

Aos meus colegas nesta aventura e, em especial, à colega Vera Dias, pela companhia na viagem e estadia em Munique e pelo apoio sempre presente.

Advertências

A escolha do presente tema teve origem no posicionamento profissional da mestranda, que colabora permanentemente com entidade produtora de espectáculos. Por este motivo, as afirmações proferidas ao longo do trabalho sobre o *modus operandi* deste sector de actividade decorrem do seu conhecimento directo da forma de funcionamento destes agentes e das formas de relacionamento que estabelecem com os restantes elementos com quem interagem na prossecução da sua actividade.

O presente trabalho está elaborado ainda sem recurso à ortografia determinada pelo novo Acordo Ortográfico.

As obras são citadas com referência completa na bibliografia e na primeira citação efectuada na respectiva nota de rodapé; nas seguintes citações as obras identificam-se pelo autor e pelo título abreviado quando tenhamos consultado mais do que uma obra do mesmo autor; as restantes far-se-ão por remissão.

Todas os endereços de sítios da *internet* foram consultados, pela última vez, no dia 22 de Junho de 2011.

Resumo

O presente trabalho pretende delinear o regime jurídico aplicável aos produtores de espectáculos de natureza artística enquanto sujeitos activos de direitos exclusivos de exploração económica do bem-espectáculo.

Com a evolução tecnológica, que trouxe perenidade e reaproveitamento quase infinito aos bens culturais (e do entretenimento), tem vindo afirmar-se, por todo o mundo, a noção de que estes produtores (para além, nomeadamente dos produtores de fonogramas e videogramas), devem ver os eventos por si produzidos protegidos de aproveitamentos parasitários de terceiros, assim garantindo o ressarcimento do seu investimento, e permitindo a manutenção e o fomento da importante actividade de difusão cultural que promovem. Entre estes encontramos os produtores de eventos desportivos e os de natureza artística, e a disciplina que rege a posição de uns ajudar-nos-á a equacionar a de outros.

O produtor de espectáculos de natureza artística goza, na disciplina prevista no do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (CDADC), de direitos de exploração económica do espectáculo de natureza contratual – decorrentes da celebração de contratos de representação cénica, de recitação e de execução – e de natureza legal – o direito ao espectáculo.

Pelo contrato de representação cénica o produtor é autorizado a explorar economicamente uma obra artística, sob a forma de representação, e adquire o direito a explorar económica e comercialmente o bem-resultado dessa utilização - o espectáculo.

O direito ao espectáculo atribui ao investidor e organizador o poder de autorizar ou impedir ulteriores aproveitamentos do evento por terceiros. Este mesmo direito encontra-se previsto na lei (Art.º 117º do CDADC) mas não regulamentado.

A presente dissertação analisa este mesmo direito por forma a concluir, a partir do sistema jurídico em que se insere, quem são os seus titulares, qual o seu objecto, o seu conteúdo, os seus limites, a sua duração e os seus meios de defesa, assim encontrando um regime jurídico não directamente regulamentado mas cientificamente encontrado no âmbito do sistema, que permita conhecer as suas condições de exercício.

Conclui-se, contudo, que embora seja delineável o regime jurídico deste direito, com recurso a métodos jurídico-científicos de definição dos seus contornos, uma regulamentação positivada do mesmo é urgente.

Palavras chave

Produtor de Espectáculos, Espectáculo, Direito de Autor, Direitos
Conexos, Representação Cénica, Direito ao Espectáculo

Abstract

The present work aims to outline the applicable legal regime to artistic performance producers as exclusive right holders of the performance's economical exploitation.

With technological evolution, that brought almost infinite and continuous reutilization of culture and entertainment contents, it is becoming a worldwide conviction that some event producers, in addition to others as phonogram and video producers, must have their activity results protected from parasitic exploitation, in order to guarantee fair and enough benefit from their investment and therefore their subsistence, already recognized as indispensable for promoting culture and entertainment. Among these producers, we find those involved in sporting events and artistic performances and rules that regulate ones environment will help regulate the other.

According to Portuguese Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (CDADC - Author and Neighboring Rights Code), an artistic performance producer has the right to economically profit from the shows they produce, based on the Staging Agreements, celebrated between the producer and the authors of the staged authorship works, and the legally previewed *right of performance*.

According to Staging Agreements the producer is authorized to economically benefit from the presentation live on stage of authorship artistic works in the agreed conditions.

The right of performance grants the event investor and organizer the power to authorize or to forbid others to take advantage from the performance, such as recording, distributing and broadcasting. This *right* is merely recognized by Portuguese law (Art.º 117º CDADC) but not fully regulated.

About the *right of performance* the present dissertation analyzes its owners, its object, its content, its duration, its legal limits, its means of enforcement, thus finding its legal regime, not expressly regulated but scientifically found within the Portuguese legal system, allowing us to understand the conditions under which it can be exercised.

We also conclude that, although its regime has been outlined, based on scientific legal methods, along this dissertation, there is an urgent need for regulating the *right of performance*.

Key Words

Performance Producer, Performance, Author Rights, Neighboring
Rights, Staging Agreements, Right of Performance

LISTA DE PRINCIPAIS ABREVIATURAS

Acordo TRIPS/ADPIC – Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights; Acordo sobre os aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio.

Art.º/Art.ºs – Artigo/Artigos.

BMJ – Boletim do Ministério da Justiça.

CC – Código Civil.

CCom. – Código Comercial.

Cf. – Conferir.

Cfr. – Confrontar.

CDADC – Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos.

CPI – Código da Propriedade Industrial.

CR - Convenção Internacional de Roma para a Protecção dos Artistas Intérpretes ou Executantes, dos Produtores de Fonogramas e dos Organismos de Radiodifusão, de 1961.

CRP – Constituição da República Portuguesa.

DGArtes – Direcção Geral das Artes.

Ed. – Editora.

IGAC – Inspecção Geral das Actividades Culturais.

IVA – Imposto sobre o Valor Acrescentado.

LBAFD - Lei de Bases da Actividade Física e do Desporto.

OMPI - Organização Mundial da Propriedade Intelectual.

p./pp. – Página/Páginas.

segs. – Seguintes.

STJ – Supremo Tribunal de Justiça.

TJCE – Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias.

Vol. – Volume.

ÍNDICE

I.	INTRODUÇÃO	1
II.	PRODUTOR DE ESPECTÁCULOS - ENQUADRAMENTO.....	6
1.	O CONCEITO DE PRODUTOR.....	7
2.	A FIGURA DO PRODUTOR DE ESPECTÁCULOS	12
2.1	A figura do co-produtor de espectáculos	25
2.2	Noção adoptada	32
3.	O ESPECTÁCULO	32
3.1	A noção de espectáculo	32
3.2	O espectáculo como coisa incorpórea	41
3.3	O espectáculo: vários autores e várias obras	44
3.3.1	O problema na lei portuguesa.....	61
3.3.2	O espectáculo: regime jus-autoral, autores e produtor	66
III.	CONTRATO DE REPRESENTAÇÃO CÉNICA	74
1.	CONTRATO DE REPRESENTAÇÃO CÉNICA: NOÇÃO E ELEMENTOS ...	75
2.	A DISCIPLINA LEGAL DO CONTRATO DE REPRESENTAÇÃO CÉNICA: A POSIÇÃO DO AUTOR.....	81
3.	A DISCIPLINA LEGAL DO CONTRATO DE REPRESENTAÇÃO CÉNICA: A POSIÇÃO DO EMPRESÁRIO	92
4.	TIPOS DE OBRAS NO CONTRATO DE REPRESENTAÇÃO CÉNICA	102
5.	NATUREZA DO CONTRATO DE REPRESENTAÇÃO CÉNICA.....	112
6.	A REPRESENTAÇÃO CÉNICA, A RECITAÇÃO E A EXECUÇÃO	115
IV.	O DIREITO AO ESPECTÁCULO.....	121
1.	FUNDAMENTO DO DIREITO AO ESPECTÁCULO.....	123
2.	FONTE DO DIREITO AO ESPECTÁCULO.....	130
3.	O DIREITO AO ESPECTÁCULO NO DIREITO COMPARADO.....	142
4.	TITULAR DO DIREITO AO ESPECTÁCULO	162
5.	OBJECTO DO DIREITO AO ESPECTÁCULO	177

6. CONTEÚDO DO DIREITO AO ESPECTÁCULO	185
7. LIMITES DO DIREITO AO ESPECTÁCULO	193
7.1 O princípio do esgotamento	194
7.2 Direito ao espectáculo e direito à informação.....	197
7.3 Utilizações livres.....	201
8. DURAÇÃO DO DIREITO AO ESPECTÁCULO	204
9. NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO AO ESPECTÁCULO	215
10. MEIOS DE DEFESA DO DIREITO AO ESPECTÁCULO.....	229
V. CONCLUSÕES	242
BIBLIOGRAFIA.....	258

I. INTRODUÇÃO

Estudo recentemente divulgado pelo Ministério da Cultura¹ permite concluir que o sector cultural e criativo gerou, em 2006, 2,8% da riqueza criada em Portugal, e de acordo com a alteração de mentalidade que se tem vindo a verificar, a actividade cultural tem ganho uma atenção crescente por parte da sociedade civil e da classe política, na sua perspectiva económica, como actividade geradora de riqueza, como uma actividade de expressão financeira à qual vale a pena prestar maior dedicação.

Os agentes desta actividade, desde o fornecedor de conteúdos intelectuais – os autores das obras -, passando pelos produtores da materialização para difusão desses conteúdos (como os produtores de espectáculos, de fonogramas ou de videogramas), pelos trabalhadores afectos à actividade (técnicos, artistas e formadores), e chegando até aos consumidores, representam, no seu conjunto, um verdadeiro sector de actividade.

Ao longo da história do Direito de Propriedade Intelectual, na sua vertente do Direito de Autor, tem-se assistido a uma crescente protecção destes agentes. Começando pela protecção dos autores e da exploração económica das obras que criam, passando à protecção dos artistas intérpretes ou executantes e da exploração económica das respectivas prestações, chegou-se à positivação da protecção dos agentes que produzem os bens que contêm obras e prestações, que

¹ O Sector Cultural e Criativo em Portugal, Estudo para o Ministério da Cultura, Relatório Final, Augusto Mateus e Associados, Sociedade de Consultores, Limitada, Janeiro 2010, disponível em http://www.portaldacultura.gov.pt/imprensa/Pages/20091022_Estudo_Sector_Cultural_Criativo_Portugal.aspx, p. 78. Podemos, ainda, encontrar neste mesmo estudo, o mais completo e recentemente conhecido em Portugal, que entre 2000 e 2006 as Artes Performativas, objecto que estará na base do nosso estudo, cresceram 13%, p. 81..

investem na sua materialização e difusão, que, a certa altura, reclamaram, também para si, um retorno do investimento que fazem. Essa mesma protecção foi, então, conferida, ao nível nacional e internacional, aos produtores de fonogramas, videogramas², e aos organismos de radiodifusão.

Todas estas iniciativas e estabelecimentos de protecção decorreram de um fenómeno: o aparecimento e crescimento da capacidade física de reprodução. Com o desenvolvimento da técnica e, mais tarde e com perfeita actualidade, das novas tecnologias, cada um dos agentes mencionados passou a precisar de fonte normativa para controlar os aproveitamentos cada vez mais perenes e repetitivos, e o aparecimento, cada vez mais rápido, mais simples, de maior qualidade e em maior número de exemplares, desses “produtos culturais”.

² Historicamente, a relevância jurídica da figura do produtor apareceu, em parte, pelas mesmas razões que justificaram a reivindicação da protecção jurídica dos artistas intérpretes e executantes. Antes de ser possível gravar qualquer prestação artística de forma a, posteriormente, a mesma poder voltar a ser ouvida ou vista, a execução de qualquer obra era absolutamente efémera, esgotava-se com a sua interpretação ao vivo, pelo que o seu desempenho era visto apenas como mera prestação de actividade humana e remunerada como mero trabalho. Depois de se terem conseguido criar diferentes formas de gravar essas mesmas prestações e de as mesmas poderem ser repetidamente recebidas por quem, desejando-o, tivesse para tanto condições, o valor destas execuções passou a ser visto, também, pela sua perenidade, isto é, pela quantidade de vezes que as mesmas podiam gerar a satisfação que, anteriormente, apenas era conseguida com a interpretação, ao vivo, das obras em causa. A figura do produtor, aparece, como dissemos, ligada a esta evolução técnica e de mercado. A possibilidade de repetição de aproveitamento de uma execução gerou um “bem” novo (não só material – o suporte da fixação - como imaterial, o conteúdo fixado) com todas as consequências ao nível do empreendedorismo e entrada de agentes nesta área de negócio. Assim, agentes apareceram que se dedicaram a gravar e a comercializar os suportes daquelas gravações (e respectivos leitores), e que, também eles, contribuíam para a perenidade crescente de um múltiplo número de obras e prestações. Para além desta perenidade, os produtores de suportes de sons fixados, contribuíam ainda para a maior circulação, logo, para uma maior divulgação das criações e prestações artísticas. Pelos valores que geravam estes agentes começaram a reclamar protecção jurídica sobre os bens que produziam.

Ver em <http://pt.wikipedia.org/wiki/Fon%C3%B3grafo> como o fonoautógrafo, de Édouard-Léon Scott de Martinville, em 1857, consistiu no primeiro mecanismo de reprodução de som, a que se seguiu a fórmula de Thomas Edison, em 1877, com o seu fonógrafo. Ver, ainda, enquadramento histórico resumido em **João Carlos Müller Chaves**, *Os produtores de fonogramas*, Num novo mundo do direito de autor?, II Congresso Ibero-Americano de Direito de Autor e Direitos Conexos, Vol. II, Lisboa, Novembro de 1994, p. 575.

Os consumidores desta oferta – da cultura ou do entretenimento (qualificações que não cabem aqui discutir) – podem ser, com o estabelecimento da *internet* e quanto aos conteúdos colocados em linha, potencialmente, cada cidadão do mundo com acesso a esta ferramenta informática. Assim como o desenvolvimento das novas formas de negócio no meio da radiodifusão, como os conteúdos *on demand*³ ou os canais temáticos, gerou novos clientes, intermediários e finais, para estes produtos contendo bens de propriedade intelectual. Toda esta evolução trouxe um novo panorama ao Direito Intelectual.

No que respeita ao tema escolhido – O Direito do Produtor de Espectáculos – há que enquadrar o mesmo nesta conjuntura. A fixação e difusão, cada vez mais frequentes, de espectáculos ao vivo, que encontram audiência nesses mesmos canais temáticos (de que é exemplo o canal *Mezzo* dedicado exclusivamente à radiodifusão de espectáculos, nomeadamente, de música, dança e de conteúdos relacionados com estes) ou através da *internet*, assim como a já mais antiga transmissão, nos canais generalistas, destes eventos, mas também, as edições fonográficas e videográficas de espectáculos performativos como um tipo de produto cujo elemento “ao vivo” consiste num valor por si só a comercializar, constituem todo um universo de exploração económica de um bem – o espectáculo.

Na procura de novas formas de rentabilização dos espectáculos públicos que produzem, sempre limitada pela capacidade da lotação

³ Por conteúdos *on demand* entendem-se os conteúdos sonoros e/ou visuais colocados à disposição do público por um organismo de radiodifusão ou na *internet*, e que podem ser ouvidos ou vistos a pedido, isto é, no momento em que o consumidor escolher, nomeadamente conteúdos disponibilizados em canais por cabo ou em sítios da *internet*, que, para além do momento em que estão a ser radiodifundidos no âmbito da respectiva programação, ficam disponíveis para, em qualquer outra altura ou num determinado prazo, serem, de novo, ouvidos ou visionados, mediante solicitação do consumidor.

das salas onde são apresentados, encontramos como exemplo um outro meio de comunicação destes eventos que começa a ser explorado numa escala já representativa. Consiste na experiência levada a cabo por algumas estruturas de produção inglesas (primeiramente pelo *National Theatre – London’s South Bank*, e mais tarde pela *Royal Opera House* ou pela *English National Opera*) que promovem a transmissão, em directo, dos seus espectáculos, em salas de cinema, em todo o mundo. É o caso, nomeadamente, do chamado *NT Live – National Theatre Live – Best of British Theatre Broadcast Live to Cinemas Around the World* que, inclusive, disponibiliza *on-line*, no seu *site*, uma listagem com hiperligações para os cinemas de todo o mundo, desde a Europa à Austrália ou à África do Sul, onde são feitas essas transmissões em directo⁴. Outra iniciativa levada a cabo por algumas estruturas de produção de espectáculos inglesas criou o *Digital Theatre* que permite o *download* de espectáculos para visualização no ecrã (do computador ou dos aparelhos televisivos que já admitem a leitura de ficheiros informáticos)⁵.

⁴ Sobre esta experiência veja-se artigo-debate de Mark Shenton e Hermione Hoby publicado no *The Guardian*, de 06 de Março de 2011 e disponível em <http://www.guardian.co.uk/theobserver/2011/mar/06/national-theatre-live-frankenstein> no qual cada um dos autores conclui, curiosamente, em sentido contrário, quanto ao facto de ser mais interessante ou mais envolvente emocionalmente assistir ao espectáculo directamente no Teatro ou na Sala de Cinema. Quanto a este tema veja-se, ainda, por curiosidade, o estudo, de Fevereiro de 2010, elaborado pela National Endowment for Science, Technology and the Arts (Reino Unido) – *Beyond Live – Digital innovation in the performing arts* e disponível em <http://www.nesta.org.uk/library/documents/Beyond-Live-report.pdf> no qual se lê a interessante passagem “*Unlike film and recorded music, live performance organisations produce ‘experiential goods’ whose features are less easy to translate digitally. Yet, digital technologies are impacting on live performance bodies such as theatres, live music, opera and dance companies too. The National Theatre’s NT Live broadcasts of live productions to digital cinemas may contain broader lessons for innovating organisations in the performing arts sector.*” e no qual se conclui que a primeira experiência efectuada pela transmissão sob o selo NT Live, que consistiu na transmissão, em directo, da peça *Fedra*, de Racine, no 25 de Junho de 2009, na Europa e nos Estados Unidos, permitiu que mais 50.000 (cinquenta mil) pessoas, assistissem ao espectáculo. O mesmo estudo refere ainda que “*2009 saw the launch of a commercial venture called Digital Theatre in partnership with the English Touring Theatre, the Royal Court, the Royal Shakespeare Company and the Young Vic which allows audiences to download theatre productions that can be viewed on screen.*” .

⁵ O estudo mencionado na nota anterior refere, ainda, que “*2009 saw the launch of a commercial venture called Digital Theatre in partnership with the Almeida Theatre, the English Touring Theatre, the Royal Court, the Royal Shakespeare Company an*

A realização destes tipos de exploração económica implica, para além do envolvimento dos autores das obras executadas, dos respectivos intérpretes ou executantes, e bem assim de quem fixa e produz o artefacto técnico que permite a sua exploração perene e posterior, o envolvimento de um outro agente que produz aquele conjunto que é o espectáculo, enquanto evento composto por meios técnicos e humanos, suportados necessariamente por um investimento financeiro, e que transforma a execução das obras num resultado técnico e artístico de expressão visual própria e única e de valor autónomo.

Deste ponto de vista – do ponto de vista do investidor que proporciona a apresentação pública de um determinado conteúdo para ser assistido pelo público – há ainda que ter em conta o papel dos agentes que com ele estabelecem relações de negócio, para além dos já referidos artistas criadores e intérpretes ou executantes, tomemos em consideração os seus clientes – os adquirentes deste conteúdo fixado para posterior exploração e o público (seja este público directo do espectáculo ao vivo ou da exploração posterior do espectáculo fixado) -, e ainda dos co-investidores nesta produção do espectáculo, que ao longo do presente trabalho serão tidos em conta, sempre que necessário, para definir o conceito de produtor de espectáculos, ou ainda para traçar a caracterização do direito ou dos direitos que lhe assistem como consequência directa daquela qualidade.

O tratamento da protecção de que goza o produtor de espectáculos de natureza artística no quadro do Direito da Propriedade Intelectual, bem como da protecção que poderá ou deverá gozar, é o cerne da nossa dissertação.

the Young Vic which allows audiences to download theatre productions that can be viewed on screen.”

II. PRODUTOR DE ESPECTÁCULOS - ENQUADRAMENTO

Quando decidimos seleccionar o presente tema para elaboração da nossa dissertação de mestrado, o assunto sobre que especificamente pretendíamos investigar era o *direito ao espectáculo* que, de forma simplista se pode descrever (ainda sem lhe atribuir uma definição) como o direito que detém o produtor de espectáculos, em contrapartida do seu investimento para a realização daqueles, de poder, sobre o resultado que é essa representação ao vivo de obras intelectuais composta por uma série de elementos materiais e visuais congregados para a sua apresentação performática, controlar a sua exploração económica posterior, conseguida pela fixação do espectáculo, nomeadamente através da sua comunicação pública sob a forma audiovisual.

Porque a existência desse direito é controvertida, assim como, naturalmente, os seus titulares, objecto, conteúdo, duração, limites e meios de defesa, mas também porque, do ponto de vista do tratamento jurídico desta figura, ela é contemplada no âmbito de um regime jurídico atributivo de direitos vários ao produtor que, como veremos, decorrem da disciplina presente no Código do Direitos de Autor e dos Direitos Conexos (CDADC) sobre contrato de representação cénica, escolhemos atribuir o título de O Direito do Produtor de Espectáculos à presente dissertação, para melhor esclarecer que o trabalho sumará o conjunto de regras que, juridicamente, e no âmbito do direito da propriedade intelectual, determinam os direitos que assistem aos produtores de espectáculos no exercício da sua actividade. Assim, sob a égide deste título – O Direito do Produtor de Espectáculos – estudaremos a sua posição contratual no tipo de contrato de representação cénica e enquanto titular do direito ao espectáculo.

No desenvolvimento do trabalho mas tentando não perder o principal enfoque no *direito ao espectáculo*, percebemos que, para tanto, se mostrava necessário começar por delimitar a própria figura do produtor de espectáculos, analisando, antes de mais, questões de natureza genérica que o caracterizassem e o definissem, a saber, o seu conceito, e bem assim o bem que se pretende proteger através dos direitos que lhe assistem, para, em seguida, analisar com maior pormenor o direito ao espectáculo.

Deste modo, este primeiro capítulo destina-se a desenhar a noção de produtor de espectáculos, que nos permitirá encontrar o sujeito do *direito ao espectáculo*, e dos restantes direitos que lhe são atribuídos nessa qualidade, e o objecto que a protecção jurídica conferida ao produtor reconhece como bem a valorar. Quanto ao respectivo conteúdo, será objecto de análise em separado, aquando da caracterização, em especial, dos direitos decorrentes da celebração de contrato de representação cénica e daquele direito que nos prendeu a esta temática.

1. O CONCEITO DE PRODUTOR

O produtor é, por definição genérica, aquele que gera ou fornece determinado produto e, no que respeita mais propriamente à área de actividade em que nos encontramos a desenvolver o nosso estudo, a sua figura é também definida como *aquele que financia e supervisiona, um filme, uma montagem, um programa de televisão etc..* Esta é a definição que encontramos se procurarmos o seu sentido no dicionário⁶. É uma definição, simplista, é certo, mas que já demonstra

⁶ Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, Instituto António Houaiss de Lexicografia Portugal, Lisboa, 2005.

que existe um conceito próprio, na linguagem corrente, que faz com que a palavra *produtor*, quando usada no âmbito da actividade de produção de conteúdos vulgarmente entendidos como culturais, tenha já um sentido próprio.

Na verdade, a definição de produtor acima descrita merece e deve ser completada para o seu enquadramento nesta nossa dissertação.

Antes de tentarmos delinear esse mesmo conceito cumpre referir que em vários instrumentos normativos encontramos a definição de produtor, enquanto produtor de fonogramas e de videogramas e produtor cinematográfico. Curiosamente, no que respeita ao produtor de espectáculos, o CDADC refere-se-lhe como – veremos mais adiante porque o afirmamos – *empresário*.

No que respeita à noção de produtor de fonogramas, podemos encontrá-la, ao nível da Ordem Jurídica Internacional, primeiramente, na Convenção Internacional de Roma para a Protecção dos Artistas Intérpretes ou Executantes, dos Produtores de Fonogramas e dos Organismos de Radiodifusão, de 1961 (CR), no seu Art.º 3º, al. c) como a *pessoa física ou jurídica que, pela primeira vez, fixa os sons de uma execução ou outros sons*. Mais tarde o Tratado da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) sobre Interpretações ou Execuções e Fonogramas, de 1996⁷, no seu Art.º 2º, al. d), define o produtor de fonogramas como a *pessoa física ou jurídica que tome a iniciativa e assuma a responsabilidade da primeira fixação de sons de uma interpretação ou execução ou de outros sons, ou de representações de sons*. Quanto a esta última definição do Tratado da OMPI

⁷ Aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 81/2009, de 05 de Fevereiro e ratificado pelo Decreto do Presidente da República n.º 77/2009, ambos publicados no Diário da República, 1ª Série, n.º 166, de 27 de Agosto de 2009, tendo Portugal depositado junto da OMPI, a 14 de Dezembro de 2009, o seu instrumento de ratificação deste mesmo Tratado conforme Aviso n.º 15/2010, publicado no Diário da República, 1ª Série, n.º 24, de 04 de Fevereiro de 2010.

chamemos a atenção para o facto de a mesma referir as noções de iniciativa e de responsabilidade que mais tarde nos servirão na tentativa de apurar um conceito de produtor de espectáculos.

Curioso é notar que, para além da previsão do Art.º 14º-*bis* da Convenção de Berna, que prevê que em certos países da União o direito de autor possa pertencer *aos autores da contribuição prestada à realização da obra cinematográfica*, a protecção dos produtores de videogramas, enquanto fixação de um conteúdo (áudio)visual apenas aparece num instrumento de carácter internacional ao nível comunitário, na Directiva 2001/29/CE, de 22 de Maio de 2001, sendo estes agentes definidos como sujeitos de um direito exclusivo, nomeadamente de reprodução, desde que sejam os *produtores de primeiras fixações de filmes* [Art.º 2º, al. d)].

A formulação *produtores de filmes* não se mostra, para nós, uma expressão feliz, na medida em que não resolve de forma tão clara a identificação dos sujeitos protegidos face à fórmula que foi utilizada pela lei portuguesa, que optou por prever expressamente que o conteúdo do videograma produzido não tem de conter obra intelectual para que o seu produtor seja abrangido pela protecção conferida aos produtores de videogramas (Art.º 176º, n.º 3 CDADC). Aliás, esta é a solução tida para os produtores de fonogramas que, independentemente de fixarem uma interpretação ou execução ou outros sons, são sujeitos titulares de protecção. Somos, assim, em crer que a intenção da Directiva não era a de apenas chegar aos produtores cinematográficos mas de chegar a todos os produtores de uma primeira fixação de imagens, com ou sem som e independentemente desta integrar ou não uma obra intelectual no conteúdo fixado.

Ao nível da legislação nacional, encontra-se a figura do produtor de fonogramas e videogramas prevista, conjuntamente, no Art.º 176º, n.º

3 do CDADC como *a pessoa singular ou colectiva que fixa pela primeira vez os sons provenientes de uma execução ou quaisquer outros ou as imagens de qualquer outra proveniência, acompanhadas ou não de sons.*

Ainda no CDADC encontramos uma definição que nos será particularmente útil - a de produtor cinematográfico. O Art.º 126º, n.º 1, deste Código define como produtor *o empresário do filme [que] como tal organiza a feitura da obra cinematográfica, assegura os meios necessários e assume as responsabilidades técnicas e financeiras inerentes.*

Temos já recolhidas uma série de noções que nos orientam para a definição de um conceito de produtor. São noções legais, no sentido em que nos são fornecidas por normas jurídicas, sejam elas provenientes de actos de origem internacional ou nacional.

No entanto, esclareça-se que o que procuramos, para começar, é uma noção independente do resultado material a que o produtor chega, isto é, interessa-nos definir produtor de conteúdo protegido sem ter de recorrer às noções de fonograma, videograma ou filme.

O que queremos encontrar é a noção de produtor enquanto agente que, por desenvolver certo tipo de tarefas e realizar determinado investimento, é reconhecido como sujeito a proteger no âmbito das regras aplicáveis aos titulares de direitos de propriedade intelectual. Em suma, um conceito que sirva simultaneamente a identificação destes sujeitos e que nos ajude, desde logo, a encontrar a razão de ser da respectiva inclusão num determinado regime jurídico proteccionista.

Ao produtor na área dos conteúdos culturais cabe financiar, recolher os meios humanos e técnicos necessários, planear o processo

produtivo, gerindo, organizando e distribuindo aqueles meios de produção de forma quantitativa e cronológica, atingindo-se assim, com este esforço e investimento, um resultado que integra em si um bem imaterial (embora não necessariamente uma obra ou prestação protegidas).

Retomemos a noção do Tratado da OMPI [Art.º 2º, al. d)] na qual sublinhámos a inserção de noções como iniciativa e responsabilidade. A iniciativa deve, nestes casos, em nossa opinião, ser entendida não como o comportamento de quem toma a dianteira de decisão ou quem tem a ideia de produzir um determinado conteúdo, mas no sentido de investida, daquele que efectivamente empreende a produção desse conteúdo e deita mãos à obra, tratando de obter os meios e de aplicar os mesmos de modo a “fabricar” o resultado que é o conteúdo imaterial, materializado para consumo.

A responsabilidade, essa, pode ser entendida, a nosso ver, não só como a obrigação de produzir o resultado a que se propõe, mas igualmente como a detenção do conhecimento e dos meios necessários que justificam atribuir-lhe a tarefa de produção desse conteúdo incorpóreo. Temos, assim, aqui, para além da valoração dos meios de produção e da respectiva aplicação, a ideia de valor ligado à gestão global na execução de uma específica actividade. Relembre-se que o sentido geral constante do dicionário citado contém expressamente o financiamento e a supervisão do processo produtivo.

O produtor é-o porque tem os meios financeiros, técnicos e humanos, bem como o conhecimento produtivo específico (*know-how*) que lhe permite levar a cabo todo o processo de gestão, organização, planeamento e aplicação, desses meios, com o objectivo de materializar a comunicação de um determinado conteúdo imaterial.

Propomos, assim, como definição de produtor, para efeitos do presente estudo, a pessoa singular ou colectiva que detém, gere e aplica, organizando e distribuindo, os necessários meios financeiros, técnicos e humanos, à materialização de um conteúdo imaterial – o espectáculo, desempenhando assim um investimento e esforço produtivos.

É deste esforço e investimento produtivos, entendido nas mais das vezes como um esforço empresarial (veja-se o que abaixo discutiremos no ponto seguinte quanto às entidades sem fins lucrativos) que decorre o valor que os direitos conexos que protegem os produtores de fonogramas e videogramas reconhecem nestes agentes para lhes conferir a protecção através dos poderes concretos que lhes atribuem.

Antes disto, vamos descrever um pouco melhor e com mais pormenor a actividade concreta do produtor de espectáculos, enquadrando-o na noção aqui encontrada.

2. A FIGURA DO PRODUTOR DE ESPECTÁCULOS

A figura do produtor de espectáculos⁸ será, por nós, descrita em três fases, uma primeira na qual descreveremos o processo produtivo por

⁸ Devemos, desde já, alertar para o facto de a lei prever, no Decreto-Lei, n.º 315/95, de 28 de Novembro, a figura do promotor do espectáculo, aproveitando para deixar a referência de que esta não equivale à figura do produtor de espectáculos, sem mais. A figura do promotor de espectáculos constante daquele diploma é uma figura criada para fins administrativos, que se formaliza através de um registo junto da Inspecção Geral das Actividades Culturais (IGAC) e sem o qual nenhuma entidade pode apresentar um espectáculo, pois é-lhe exigido esse registo para obtenção da Licença de Representação, esta obrigatória para a exibição de qualquer espectáculo público e que tem por finalidade garantir a tutela dos direitos de autor e conexos devidos pela representação ou execução (Cf. Art.º 26º daquele Decreto-Lei). Este termo de promotor do espectáculo pode ainda ser encontrada na Lei n.º 105/2009, de 14 de Setembro, para identificar a entidade responsável pela obtenção de autorização,

este desenvolvido, uma segunda fase para a qual recorreremos ao Art.º 115º do CDADC com a epígrafe *Obrigações do Empresário* e inserido no Capítulo III – Das Utilizações em Especial, na Secção II – Da Representação Cénica, daquele Código e, por último, descrevendo a figura de co-produtor que muito relevará na fase de definição do titular do direito do produtor de espectáculos.

Ao produtor do espectáculo cabe, em primeiro lugar, do ponto de vista cronológico, encontrar o financiamento para a sua produção. Vamos partir do pressuposto de que o conteúdo do espectáculo integra obras protegidas pelo direito de autor já que, como veremos ao longo deste estudo, o direito que vamos estudar em profundidade respeita ao produtor de espectáculos de natureza artística. Assim, o financiamento obtido servirá para custear pessoas e bens, estes tanto imateriais como materiais.

Na sequência da preparação do espectáculo o produtor deve contactar e contratar autores e artistas intérpretes ou executantes⁹, com estes negociando retribuições e formas de participação na criação e na execução do espectáculo. Com aqueles deve ainda verificar quais as intenções de concretização material, tratando, em seguida, de obter os fornecimentos necessários de materiais de cena, nomeadamente, cenários, figurinos, adereços, assim como de meios técnicos, designadamente de som, luz, maquinaria de palco e vídeo, e

junto da Comissão de Protecção de Crianças e Jovens territorialmente competente, para a participação de menores em espectáculos de natureza artística. Atenta a noção de produtor de espectáculos que adiante encontraremos, veremos que esta figura pode ou não coincidir com a de promotor. Para consulta facilitada sobre os diplomas que regulam o exercício da actividade de espectáculo públicos ver, **António Xavier**, *As Leis dos Espectáculos e Direitos Autorais - Do Teatro à Internet*, Almedina, Coimbra, Novembro, 2002.

⁹ Considerando que a diferença entre intérpretes e executantes consiste no facto daqueles utilizarem apenas as faculdades do corpo humano e estes utilizarem um instrumento ou elemento físico material externo, não necessariamente musical, que se interpõe entre as faculdade humanas e a obra, para a transmissão da obra artística, cf. **Alberto Valdés Alonso e Elena Benzal Medina**, *Derechos inmatrimales sobre la difusión de espectáculos desportivos*, Revista jurídica del deporte, Pamplona, n.º 12, 2004, p. 268.

os meios humanos necessários à concretização técnica das ideias dos autores do espectáculo.

Por regra o produtor do espectáculo deve ainda garantir serviços de apoio à sua execução, através da contratação de colaboradores que possam gerir horários e calendários de ensaios, que dirijam a execução do espectáculo, que dêem apoio no bastidor, nomeadamente a título de maquilhagem, cabeleireiro, guarda-roupa e, por vezes, alimentação.

É, ainda, necessária a execução de tarefas de carácter administrativo, como a organização de informação e documentação, ou a obtenção de licenciamentos de que é exemplo a Licença de Representação obtida junto da IGAC e sem a qual nenhum espectáculo poderá ocorrer.

Por último, é indispensável publicitar e promover o espectáculo e, para este efeito, é preciso contactar e contratar meios de divulgação e ainda gerir, com bastante frequência, a realização de entrevistas.

E se é certo que nem todos os espectáculos requerem todos estes passos do fluxo produtivo o que é certo é que há um conjunto alargado de tarefas que não podem deixar de ser levadas a cabo, e por determinada ordem, em prol da boa apresentação pública do espectáculo.

Como vemos, o investimento e a complexidade deste processo, indexado ao facto de estarmos perante uma actividade que pretende transmitir ao público obras de natureza artística (e que justificam a regulação minuciosa na relação com os autores prevista nos Art.ºs 107º a 123º do CDADC), fazem do produtor de espectáculos uma figura que revela grande esforço no processo de produção a que se dedica.

O Art.º 115º do CDADC, com a epígrafe *Obrigações do Empresário* é a norma que melhor enquadra, na ordem jurídica portuguesa, o conceito do produtor de espectáculos na medida em que prevê expressamente que este se obriga a um resultado¹⁰ e prevê o investimento nos meios necessários à obtenção desse resultado quando, no seu n.º 2 prevê que o *empresário é obrigado a realizar os ensaios indispensáveis para assegurar a representação nas condições técnicas adequadas, e de um modo geral, a empregar todos os esforços usuais em tais circunstâncias para o bom êxito da representação*. Mas, de igual modo, o Art.º 109º daquele Código, ao determinar que, pelo contrato de representação cénica, o *empresário* passa a deter a autorização do autor necessária à promoção da representação da obra e que obriga aquele a fazê-la representar nas condições acordadas, ajuda-nos a enquadrar, no ordenamento jurídico português, o conceito que procuramos.

Destes preceitos resulta que, uma vez comprometido com a apresentação do espectáculo, o empresário deverá desenvolver todas as tarefas, com zelo e diligência, por forma a que o espectáculo seja apresentado nas condições técnicas e artísticas necessárias. Estas tarefas, de forma generalizada, mas numa tentativa de abranger o processo produtivo mais complexo, foram já descritas acima e revelam, em nosso entender, um esforço que deve ser atendido no sentido de, como veremos, justificar tutela própria para a exploração económica do bem que estes agentes produzem: o espectáculo.

Não podemos deixar de transcrever aqui, ainda numa perspectiva de encontrar na lei indicadores deste conceito de empresário/produtor, o Art.º 126º, n.º 1 do CDADC que define o produtor cinematográfico *como (...) o empresário do filme [que] como tal organiza a feitura da obra cinematográfica, assegura os meios necessários e assume as*

¹⁰ O de fazer representar o espectáculo público, *vide* Art. 115º, n.º 1 do CDADC.

responsabilidades técnicas e financeiras inerentes. Como veremos em detalhe neste ponto do nosso trabalho, esta definição serve, em grande medida, o conceito de produtor de espectáculos, como o empresário deste evento que organiza, financia, leva a cabo e se responsabiliza pela apresentação do resultado performativo.

A introdução da noção de empresário é aqui curiosa, na medida em que não é vocábulo utilizado pela lei por forma a definir um tipo de sujeito concreto, ao qual se aplique um determinado tipo de regime. O Código Comercial (CCom.) recorre aos termos comerciante, definido no Art.º 13º, e empresa comercial, identificada no Art.º 230º¹¹, que no seu § 4º prevê a exploração de espectáculos públicos.

Este Art.º 230º, que no seu corpo estipula que *haver-se-ão por comerciais as empresas singulares e colectivas que se propuserem a desenvolver as actividade que, em seguida, elenca, concentra a qualificação que opera na forma organizada empresarial de exercício da actividade, isto é, no seu exercício levado a cabo por um agente, pessoa individual ou colectiva, que desempenhe a mesma, reunindo, organizando e aplicando meios de produção de forma planeada e estruturada e com o objectivo de explorar determinado mercado*¹².

¹¹ Sobre a qualificação de empresa comercial nos termos do Art.º 230º do Código Comercial, veja-se **Filipe Cassiano dos Santos**, *Direito Comercial*, Vol. I, *Dos Actos de Comércio às Empresas: o regime dos contratos e mecanismos comerciais no Direito Português*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 81. É curiosa a posição do autor que entende que a criação deste artigo teve por base as actividades existentes e mais relevantes em 1888, e que o legislador comercializou todas as empresas com um nível de desenvolvimento idêntico e de grau superior – as que, à data, eram as empresas mais avançadas do sistema económico. Assim, parece que, naqueles tempos, a exploração de espectáculos públicos (assim como as actividades de edição de publicação de obras científicas, literárias ou artísticas - § 5º) era actividade de dimensão significativa já que aí vinha expressamente prevista como uma das actividades que, sendo exercida por determinada empresa, se passa a qualificar como comercial. Já **Menezes Cordeiro** - *Manual de Direito Comercial*, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 198 e ss. - afirma que o Art.º 230º do CCom, elenca, como comercial, uma “empresa”, isto no sentido de uma actividade, já que este era o sentido original daquele termo no momento em que foi redigida a norma.

¹² Nas palavras do autor **Filipe Cassiano dos Santos**, *op. cit.*, p. 80 “(...) *em última instância, é o modo de exercício (e organização) empresarial (...) que justifica e desencadeia a qualificação como comercial, no quadro do Art.º 230º.*”.

Assim, parece que aquele preceito, ao determinar que é empresa comercial aquela que explore espectáculos públicos, quer significar que esta mesma actividade é, para o Direito, uma actividade de natureza e escopo comerciais.

Parece-nos, então, que esta previsão do CCom. nos auxilia na integração da noção de empresário, na medida em que identifica como empresa comercial a que explora espectáculos públicos.

No entanto, duas dúvidas se levantam neste momento do raciocínio, de natureza bastante distinta, mas que não podemos deixar de discutir:

- a) se será o escopo lucrativo essencial à qualificação como empresário (ou produtor de espectáculos), tal como a expressão é utilizada no CDADC;
- b) se será a *mera exploração* de espectáculos públicos pressuposto bastante para a qualificação de uma pessoa jurídica como produtor de espectáculos.

Existe um núcleo bastante representativo no mercado da criação e apresentação de espectáculos públicos cuja actividade é exercida sob a forma de pessoa colectiva de natureza civil, mormente sob as formas de associações e de fundações. Por regra são instituições que giram em torno de um ou outro artista criador, que constitui uma estrutura de produção para materializar e apresentar as suas criações e, por vezes, as de outros artistas também.

Impõe-se, assim, verificar se a sua natureza não comercial, antes civil e não virada ao lucro¹³, será excludente da noção de empresário nos termos em que a palavra é usada nos Art.º 107º a 123º do CDADC.

Podemos adiantar que, em nossa opinião, a ausência de escopo lucrativo e de natureza comercial são completamente irrelevantes para a integração de determinado sujeito no conceito de produtor de espectáculos ou de empresário na acepção encontrada, nomeadamente, no Art. 115º do CDADC.

E defendemos esta posição pelo facto de, na actividade de exploração de espectáculos públicos estar em causa a exploração financeira, é certo, mas também uma exploração de natureza cultural pura, isto é, uma exploração que tem, por vezes, como principal objectivo, proporcionar oportunidades de criação e de fruição de obras artísticas, potenciando o acesso à Cultura, sem prejuízo, sabemos de este fomento ser financiado, por sua vez, pela exploração económica das apresentações públicas dos espectáculos¹⁴. Se assim não fosse não

¹³ Por lucro, como conceito de gestão, deve entender-se “(...) a criação, tanto quanto possível estável, de um excedente que lhe permita assegurar [ao agente] a sua sobrevivência e desenvolvimento, ou dito de outra forma, manter a estabilidade de longo prazo do seu ciclo de actividade.” Ora, para os efeitos que aqui pretendemos atingir com o recurso a este conceito, devemos entendê-lo como o excedente que decorre, exclusivamente, da comercialização do bem imaterial (espectáculo), nomeadamente através de receitas de bilheteira ou da venda do próprio espectáculo a outra entidade que o pretenda apresentar, sob a forma “ao vivo” ou por processo de radiodifusão, ou edição, e que sirva, com estas receitas, um outro conceito, o de eficácia, isto é, “(...) a satisfação dos interesses dos stakeholders por parte da empresa, ou melhor, o grau em que a empresa está a satisfazer esses interesses (...)”. Assim, o que pensamos que distingue uma entidade com fins lucrativos de outra é a finalidade última a que se aplicam estes excedentes. Ali pretende-se, com o lucro obtido, incrementar o património dos titulares de participações sociais, aqui a realização de receita tem de ser reaplicada na prossecução dos fins de natureza social, e neste caso, cultural, a que se destinam as estruturas em causa. – Citações recolhidas em **António de Sousa**, Introdução à Gestão, Uma Abordagem Sistemática, Editorial Verbo, Lisboa, 1999, p. 29.

¹⁴ Refira-se aqui o descrito por **Antonio Villegas Lazo**, *El contrato de espectáculo en el fútbol y algunos temas afines*, Revista jurídica de deporte y entretenimiento, Cizur Menor, n.º 22, 2008, p. 302, no qual se lê que a procura de receita pelos clubes e federações desportivas no Peru, na sua maioria associações civis, não faz com que deixem de ser pessoas jurídicas sem fins lucrativos “(...) ya que su actividad empresarial há de entenderse como coadyante de sus fines institucionales”. Também **Luc Silance** em *L’organisation de spectacles sportifs et*

se justificaria o regime jurídico do Apoio às Artes, pelo qual concorrem a financiamento do Ministério da Cultura, através da actual Direcção-Geral das Artes¹⁵ (DGArtes), uma série de agentes culturais, pessoas singulares e colectivas, quer de natureza civil quer comercial, que, adquirindo o direito ao financiamento a que concorrem, são obrigadas a aplicá-lo na produção de conteúdos de natureza artística, com a obrigatoriedade, apenas, de cumprirem um orçamento previsional de custo e sem qualquer obrigação de cumprirem quaisquer resultados financeiros de receita com a apresentação propriamente dita do espectáculo, salvo a obrigação de um desenvolvimento das diligências razoáveis que permitam a tomada de conhecimento pelos consumidores da sua realização, ou seja, da sua divulgação. Mais, se na sequência destes financiamentos a entidade beneficiária do apoio não gastar a sua totalidade, deverá devolver à DGArtes o valor sobejante. Estas entidades são financiadas através deste programa, precisamente, para produzirem espectáculos, pelo que são, de facto, produtoras de espectáculos.

Em bom rigor, nada impede que uma entidade sem fins lucrativos não possa gerir os seus activos de forma a maximizar os resultados da sua actividade e, com os mesmos, voltar a investir na prossecução dos seus fins. No nosso caso é facilmente equacionável, na medida em que, mais disponibilidade orçamental permite mais criação e mais produção de mais espectáculos. Uma coisa, no entanto é certa, a actividade desenvolvida por estas entidades é, do ponto de vista

l'athlète : les droits «intellectuels», in AAVV, Le spectacle sportif: actes du Colloques de Limoges du 12 au 14 Mai 1980, Presses Universitaires de France, Publications de la Faculté de Droit et des Sciences Economiques de Limoges, Limoges, 1981, p. 147, refere “On admet que, si une entreprise de spectacles publics est en principe de nature commerciale, elle n’a pas nécessairement ce caractère lorsque le but principal de l’entreprise consiste à protéger et à développer une branche de l’art ou de la science et que le droit perçu à l’entrée de spectacle constitue une simple indemnité destinée a couvrir les frais de l’organisation. Dans ce cas, l’esprit de lucre étant absent de l’entreprise, elle reste de nature civile.”

¹⁵ Concursos actualmente regulados pelo Decreto-Lei n.º 225/2006, de 13 de Novembro, alterado e republicado em anexo pelo Decreto-Lei n.º 196/2008, bem como pela Portaria n.º 1189-A/2010, de 17 de Novembro.

fáctico, a produção de espectáculos enquanto processo produtivo acima descrito e, como veremos pela análise do regime do contrato de representação cénica, não faria o mínimo sentido excluí-las do seu regime, apenas porque não têm natureza comercial mas civil, apenas porque não são, por hipótese, sociedades por quotas, mas associações.

Esta questão pode equacionar-se, ainda, no que respeita ao sector empresarial do estado, nos casos dos Teatros Nacionais D. Maria II, e São João, ou do Opart, Organismo de Produção Artística, todas sob a forma de Entidades Públicas Empresariais. Pode, de igual modo, equacionar-se no que respeita às entidades empresariais municipais que devem prosseguir os seus fins de forma responsável mas que são financiadas através de contratos com o Estado, pelos quais lhes são atribuídas indemnizações compensatórias na medida do estritamente necessário à prossecução do interesse público¹⁶.

Isto significa que, sendo estas empresas obrigadas, por motivos de mercado, neste caso de capacidade de pagamento pelos consumidores, a praticarem preços de bilheteira que não permitem gerar receita suficiente para cobrir os custos elevados da produção dos espectáculos que apresentam, é-lhes atribuído um valor que lhes permite manter a sua actividade. Aqui, mais uma vez, está em causa a prossecução do objectivo de produção e apresentação de espectáculos, com uma mera preocupação racional e sem o imperativo de gerar lucro. Ora, mais uma vez, não fará sentido excluir estas entidades, apenas com o fundamento nesta natureza não lucrativa, da sua qualidade de parte do contrato de representação cénica na posição de *empresário*.

¹⁶ Cf. Art.º 21º do Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro, alterado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 300/2007, de 23 de Agosto.

No últimos tempos, tem-se assistido a uma assunção do financiamento da actividade cultural como dever público, no sentido em que caberá a entidades públicas, em nome da evolução espiritual, imaterial, da Humanidade, entregar aos agentes culturais, criadores e intérpretes, os valores que estes necessitam para exercerem as suas actividades artísticas, incluindo através da atribuição a entidades públicas, que revestem formas empresariais, da responsabilidade pelo desenvolvimento e prossecução da actividade cultural.

Podemos desenhar, assim, um panorama no qual, por um lado, encontramos entidades públicas de carácter assumidamente financiador, como a DGArtes ou algumas autarquias locais, e por outro lado, empresas como os Teatros Nacionais D. Maria II, E.P.E.¹⁷, ou São João, E.P.E.¹⁸, ou mesmo o Opart, Organismo de Produção Artística, E.P.E.¹⁹ - este último constituindo agora a entidade empresarial que gere o Teatro Nacional de São Carlos, sua Orquestra e Coro, e ainda, a Companhia Nacional de Bailado - na qualidade de entidades de produção cultural e de espectáculos. Algumas câmaras municipais têm, também, criado entidades empresariais municipais que passam a explorar, procurando um equilíbrio financeiro, os equipamentos culturais de propriedade ou geridos, a qualquer título legítimo, pelo município, bem como a gerir um orçamento anual que lhes é transferido pela edilidade (normalmente, através de contratos-programa) para investimento na cultura, nomeadamente, para a produção de espectáculos.

Entre entidades públicas empresariais (pertencentes à administração central ou local) e as sociedades comerciais existe uma diferença real na intensidade com que procuram, umas e outras, gerar receitas. Ali procura-se atingir um resultado financeiro tão positivo quanto

¹⁷ Criada pelo Decreto-Lei n.º 158/2007, de 27 de Abril.

¹⁸ Criada pelo Decreto-Lei n.º 159/2007, de 27 de Abril.

¹⁹ Criado pelo Decreto-Lei n.º 160/2007, de 27 de Abril.

possível, aqui um lucro efectivo. Na verdade, as entidades públicas de cariz empresarial não têm o mesmo nível de exigência lucrativa das empresas privadas.

O que entendemos é, no entanto, que a verificação do escopo lucrativo na natureza da entidade que produz o espectáculo é absolutamente irrelevante para a sua qualificação como produtor de espectáculos, na acepção encontrada no presente estudo, e que, por isso, conduzirá o indivíduo assim qualificado à posição de titular dos poderes que mais abaixo analisaremos. O que revela é, antes, o dado de que quem desenvolve o esforço produtivo para a produção e apresentação do espectáculo, fá-lo na perspectiva de o explorar e de ter retorno com este, retorno esse que lhe passa a pertencer. O facto deste retorno ser tecnicamente considerado lucro, ou apenas, receita, ou o facto de este retorno pretender engrossar o património particular de alguém ou apenas gerar mais meios de produção de novos espectáculos parece-nos irrelevante. No fundo, o que importa é encontrar uma exploração económico-cultural²⁰ desse valor que é o espectáculo²¹.

Desta forma, entendemos que a noção de produtor de espectáculos não deve ser limitada por uma interpretação comercialista da expressão *empresário* prevista no CDADC como a entidade que é responsável pelo desenvolvimento do processo produtivo para a apresentação pública do espectáculo, sendo antes, sinónimos.

A interpretação das normas não deve nunca apartar-se da realidade sobre que incide e que visa disciplinar. Pelo contrário, se o direito se

²⁰ Como veremos mais adiante, entendemos que a exploração económica do espectáculo não é sinónimo de existência de entradas pagas.

²¹ Curioso é verificar que o Art.º 108º, n.º 1 do CDADC prevê que a autorização a conceder para representação da peça é sempre necessária, mesmo quando esta se realize “(...) *com ou sem entradas pagas, com ou sem fins lucrativos.*”, não excluindo, aliás, em nenhum momento, a aplicação das normas do contrato de representação cénica em função destes critérios.

fez para a vida, os sentidos a retirar da lei devem ser os que melhor correspondem às realidades que se pretendem regular. Por isto, defendemos que a consulta e o tratamento multidisciplinar dos conceitos facilita a vida do intérprete e pode ajudar a garantir que se chega ao verdadeiro sentido útil do vocábulo quando assim foi previsto na redacção normativa. Consultando manuais das artes do espectáculo encontrámos curiosamente, uma definição de produtor, neste caso teatral, que nos convenceu da legitimidade da sinonímia que defendemos. No Manual de Teatro, sob a Direcção de Antonino Solmer²² define-se produtor do seguinte modo: *“Tradicionalmente podemos considerá-lo como um equivalente do empresário, ou seja, aquele que investe capital numa produção e que está dependente dos resultados de bilheteira ou outras fontes de rendimento relacionadas com o espectáculo.”*.

Fechado este parêntesis, dizíamos que nem a forma jurídica (sociedade comercial, associação, fundação, entidade pública empresarial, entidade empresarial municipal ou pessoa singular), nem o seu escopo lucrativo ou não lucrativo, devem limitar a qualificação de qualquer pessoa singular ou colectiva que explore economicamente espectáculos públicos para os quais tenham desenvolvido os esforços financeiro e organizativo acima descritos, como produtor de espectáculos, assim beneficiando dos direito que lhe são atribuído e que derivam dessa sua qualidade.

Este conceito de exploração conduz-nos agora à resposta à segunda questão. Será a actividade de exploração de espectáculos públicos suficiente para a sua inclusão no conceito de produtor de espectáculos?

²² **Antonino Solmer** (Dirigido por), Manual de Teatro, Edições do Instituto Português das Artes do Espectáculo, Lisboa, Março, 1999, p 342.

Com efeito, temos afirmado que essencial ao conceito de produtor de espectáculos é a acção que este pratica em prol de um resultado, um bem com um valor: o espectáculo. Essa acção deve representar para o agente um investimento e um esforço na alocação de meios adequados à obtenção desse fim. Vejamos a seguinte hipótese: uma entidade que gere uma sala de espectáculos e que a cede a outra entidade para a realização do espectáculo mediante o pagamento de um preço como contrapartida da utilização daqueles activos. Neste caso, não vemos nesta permissão de gozo do uso das coisas um verdadeiro processo de produção de espectáculos. Efectivamente, o negócio parece-se mais com uma locação, do que com qualquer processo produtivo.

Nestes casos, pensamos que tal entidade cedente não se pode arrogar da qualidade de produtor, porquanto falta à sua realidade um elemento, que agora passaremos a introduzir e que nos parece essencial à noção de produtor de espectáculos, que consiste no risco da actividade de exploração económica dos mesmos.

Destarte, é nosso parecer que, a mera cedência de activos materiais para a realização de um espectáculo mediante o pagamento de um preço que custeie aquele uso não é suficiente para se considerar que essa mesma disponibilidade de meios confere ao cedente o direito a reclamar para si a qualidade de produtor de espectáculos, não obstante este, por gerir uma sala de espectáculos, desenvolver de igual modo, embora sob outro prisma, uma actividade de exploração de espectáculos públicos. No entanto, a inexistência de risco naquele modelo de negócio acima descrito, afasta, em nosso entender, a possibilidade de o qualificar como empresário ou produtor do espectáculo.

Já se este cedente contribuir com esta participação e correr, juntamente com a entidade que desenvolve o restante processo

produtivo do espectáculo, um risco na exploração económica do mesmo, nomeadamente porque se faz pagar pela receita de bilheteira, entendemos que verdadeiramente investe na produção do espectáculo, logo, a conclusão será diferente, como melhor veremos aquando da análise da figura do titular do direito ao espectáculo, podendo ser considerado co-produtor do espectáculo.

Digamos, assim, que a exploração sob esta forma é insuficiente para a qualificação de determinado agente como empresário ou produtor de espectáculos.

2.1 A FIGURA DO CO-PRODUTOR DE ESPECTÁCULOS

Outro aspecto que não podemos deixar de analisar é o da possibilidade da existência de co-produtores para um mesmo espectáculo. Esta situação verifica-se sempre que duas ou mais partes dividem, entre si, responsabilidades ao nível do investimento e da execução na prossecução de um objectivo comum, que é a produção de um espectáculo²³, e retiram vantagens dessa associação.

²³ Partilhemos a experiência Neo Zelandesa na tentativa de definir a co-produção: *“Usually each party takes risks within their own areas of expertise. A venue, for example, might agree to contribute with the venue hire costs, house, technical staff, equipment and local marketing. The company might agree to cover delivery costs including per diems, accommodation and transport. (...) In the easiest deals each party contribute an equivalent amount and the income would be divided on a 50:50 ratio. (...) However, it doesn’t often work out that each party is contributing an equivalent amount, so negotiation will be required. (...) Negotiation may result in a differentiated share of the potential income.”* - **Fenn Gordon**, *The Touring Manual: a guide to touring the performing arts in New Zealand*, Creative New Zealand, Wellington, 2007, pp. 129 e 130. A European Convention on Cinematographic Co-production, Conselho da Europa, de 02 de Outubro de 1992, prevê, no seu Capítulo II, 6., no caso de co-produções multilaterais, que a contribuição mínima de cada uma das partes será de 10% e a máxima de 70% do custo total da produção, e em caso de co-produção bilateral as contribuições mínima e máxima serão, respectivamente, de 20% e de 80%. Estas contribuições, estipula-se, devem incluir participação técnica e artística (8., 1.) mas podem ser meramente financeiras caso em que apenas poderão ascender a 25% dos custos de produção (9., 1., a)). Consultada em **Giorgio Assumna e Giuseppe Corasanti** (Coord.), *Codice del Diritto D’Autore e dello Spettacolo*, CEDAM Ed., Milão 1996, p. 251.

A distribuição das tarefas no caso das co-produções tem-se revelado uma consequência directa do poder negocial de cada agente no mercado, na medida em que, mesmo que certo agente contribua com muito menos do que outro, a sua reputação no mercado pode justificar que este outro aceite a posição de co-produtor daquele, apenas pelo prestígio de o ter como parceiro. Por exemplo, se uma das mais famosas Fundações do cenário cultural português (como a Fundação de Serralves ou a Fundação das Descobertas que gere o Centro Cultural de Belém), apoiar determinado projecto com a apresentação do espectáculo em espaço seu, aditada apenas pelas tarefas necessárias à promoção do espectáculo, pode, tendo interesse nisso, negociar como contrapartida a qualidade de co-produtor e é bem provável que logre atingir esse objectivo negocial²⁴.

Por outro lado, não existe igualmente, no que tem sido a prática dos contratos de co-produção, a determinação de um critério único quanto à distribuição das receitas do espectáculo. Assiste-se, muitas vezes, a co-produções nas quais uma das partes tem apenas o já mencionado interesse institucional, que se consubstancia no mero aparecimento da sua identidade ligada a um projecto, naquela qualidade de co-produtora, como forma de projecção, de marcação de presença, de publicidade de apoio a uma determinada manifestação cultural com a qual aquele agente se identifica. Assim, uma primeira conclusão a tirar é que as prestações e as contrapartidas das partes não exigem equilíbrio, não sendo estas determinadas por qualquer norma jurídica, vivendo ao sabor de um mercado livre.

A possibilidade de co-produção encontra-se nominada mas não disciplinada na lei. No Art.º 132º do CDADC diz-se, sob a epígrafe Co-

²⁴ Esta negociação traduz-se numa previsão contratual que determina que a entidade em causa será denominada, em todas as referências ao espectáculo, com a qualidade de co-produtora, nomeadamente em todos os materiais de promoção e divulgação do mesmo.

produção e a propósito do contrato de produção cinematográfica, que o produtor de um filme pode, independentemente do consentimento dos autores, e não havendo convenção em contrário, portanto, no silêncio das partes, *associar-se com outro produtor para assegurar a realização e exploração da obra cinematográfica*. Deste texto normativo decorre que a celebração de contrato de co-produção pode trazer a todas as partes nesse contrato, que assumam responsabilidades na realização do filme, a qualidade de (co-) produtores, o que lhes pode conferir (e sem autorização específica, para tanto, dos autores), o direito exclusivo (entenda-se, partilhado entre co-produtores) de exploração económica da obra cinematográfica, previsto, expressamente, como pertencendo ao *empresário do filme* nos termos dos Art.ºs 127º e 128º do mesmo Código.

Colocando este raciocínio ao serviço da noção de produtor de espectáculos, podemos dizer que, em caso de celebração de contrato de co-produção entre dois ou mais empresários, para a produção do espectáculo se pode concluir que, havendo um direito que assiste a estes sujeitos decorrente desta sua classificação – nomeadamente o *direito ao espectáculo* - o direito pertencerá a todos.

É ainda de chamar a atenção para o facto de não existir, no conjunto de normas que regem o contrato de representação cénica (assim como de recitação ou execução – Art.ºs 107º a 123º do CDADC) norma idêntica àquele Art.º 136º. Ao invés, o Art.º 118º daquele Código dispõe que o autor tem de consentir em toda a eventual transmissão de direitos emergentes do contrato de representação cénica, pelo empresário, a terceiros. No entanto, nada na lei impede que as funções do *empresário* a que se referem as normas previstas nesta parte do código não possam ser desempenhadas por mais do que uma pessoa jurídica (singular ou colectiva) o que devemos aceitar nos

termos do Princípio Geral de Autonomia Privada²⁵, aplicável ao Direito de Autor enquanto ramo Direito Civil Privado Comum²⁶.

Para tanto, e de acordo com o último preceito mencionado, três hipóteses podem ocorrer: ou os empresários negoceiam, desde logo, com o(s) autor(es) envolvido(s), a concessão da autorização para a apresentação pública da obra, perante espectadores, a todos os co-produtores envolvidos; ou prevêem no contrato de autorização para representação cénica que o podem fazer, numa disciplina semelhante à prevista no Art.º 136º para o contrato de produção cinematográfica; ou se a situação se coloca em momento posterior à celebração do contrato de representação cénica, terão, o(s) empresário(s) inicial(is) de, querendo associar a si co-produtores a quem transmitam direitos decorrentes da autorização para representação cénica, solicitar consentimento aos autores cujas obras integram o espectáculo.

Relembre-se que, de acordo com o acima descrito, os casos de co-produção de espectáculos de natureza artística são aqueles em que, em nosso entender e salvo o devido respeito por melhor e diferente opinião, tendo como fim a produção, por mais do que uma entidade, da execução performativa de obras intelectuais, as partes definem as obrigações de cada uma no âmbito do processo de concretização daquele fim, e os direitos que daí advêm.

²⁵ Citemos aqui **Carvalho Fernandes**, “(...) a autonomia privada é um princípio característico do Direito Civil, tal como ele é entendido em sistemas jurídicos como o português. (...) O princípio da autonomia da vontade é (...) expressão de um princípio mais amplo – o princípio da liberdade – segundo o qual é lícito tudo o que não é proibido. (...) É no plano negocial que a autonomia privada ganha a sua maior projecção; como nesse campo a figura central é, tradicionalmente, o contrato, este princípio aparece aí de modo corrente, formulado como a liberdade contratual.”. Este princípio inclui, para aquele Professor, a liberdade de contratar e a de conformar o conteúdo dos contratos dentro dos limites da lei – Cf. Luís A. Carvalho Fernandes, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. I, 2ª Edição, Lex, 1995, p. 75..

²⁶ Sobre a disciplina de Direito de Autor como ramo do Direito Civil veja-se, **José de Oliveira Ascensão**, *Direito de Autor e Direitos Conexos*, Coimbra Editora, Coimbra, 1992, pp. 27 a 30.

Neste ponto do raciocínio somos forçados a equacionar se a celebração de um contrato de co-produção com um terceiro, após a obtenção pelo *empresário* de autorização para efeitos de representação cénica de uma obra, implica a transmissão, para o terceiro que celebra este contrato com o empresário, de direitos obtidos com esta mesma autorização.

Um ponto de partida interessante para a análise desta questão reside no conteúdo material do direito de autor que consiste num direito exclusivo de exploração económica das suas obras conforme previsto no Art.º 67º n.º 1 do CDADC. Outro aspecto a que devemos recorrer será o de analisar os efeitos que a autorização para representação cénica opera, e que consistem na atribuição ao *empresário* do direito de apresentar, perante espectadores, a obra (de a representar – Art.ºs 107º e 109º, n.º 1 do CDADC) e, bem assim, de explorar economicamente essa apresentação.

Sem prejuízo de, abaixo, nos dedicarmos mais profundamente aos efeitos jurídicos do contrato de representação cénica, e em especial, aos direitos que do mesmo decorre para o *empresário*/produtor do espectáculo, podemos, desde já, adiantar que, outra forma de exploração económica será a atribuída pela previsão do poder que lhe é atribuído de permitir ou proibir, conjuntamente com os autores e os artistas intérpretes ou executantes, qualquer transmissão por radiodifusão sonora ou visual, reprodução em fonograma ou videograma, fixação ou exibição da representação da obra, conforme Art.º 117º do CDADC – o, comumente denominado na doutrina, direito ao espectáculo²⁷.

²⁷ É ao Direito ao Espectáculo que dedicaremos uma grande parte desta nossa dissertação, pelo que reservamos para esse momento as várias referências doutrinárias a este direito.

No sector de actividade de produção de espectáculos a qualidade de produtor é não só uma qualidade jurídica, mas, também, de natureza valorativa de mercado, isto é, confere ao sujeito colocado nesta situação um certo prestígio enquanto entidade responsável pela execução da tarefa complexa e de visibilidade e espectacularidade notórias (juízos estéticos, à parte). Neste enquadramento, como referimos anteriormente, a qualidade de co-produtor é negociada entre as partes que contribuem para a execução do espectáculo de forma livre, isto é, havendo capacidade negocial de se exigir essa qualidade, quer pela natureza ou quantidade de meios investidos, quer pela relação de prestígio já adquirido por uma das entidades face à luta pela visibilidade de outra, cabe apenas à vontade das partes determinar se se atribui ou não, a cada uma delas, a qualidade de (co-)produtor. Daqui decorre que pode existir, como exemplificámos, um co-produtor que apenas contribua com a actividade de divulgação e outro que apenas financia o processo de produção do espectáculo.

Neste seguimento, também as contrapartidas são livremente negociáveis, em especial no que respeita à percentagem de distribuição das receitas entre as partes, podendo, até uma das partes, no limite prescindir de qualquer receita financeira e optar apenas por ficar com o retorno de imagem de se associar, nessa qualidade, a um determinado espectáculo o que, em nosso entender, não deixa de consistir numa exploração económica da representação²⁸.

²⁸ Esta posição difere da posição de patrocinador pois, nestes casos, estamos perante entidades que não se dedicam à criação, produção e exploração de espectáculos públicos, mas a outros sectores de actividade e que financiam a realização de espectáculos como forma de promoção da sua presença no mercado, em especial através da demonstração de responsabilidade sócio-cultural, por forma a divulgar, indirectamente, a sua imagem corporativa e/ou os bens ou serviços que comercializam. Uma definição de contrato de patrocínio pode ser encontrada em **Alexandre Libório Dias Pereira**, *Contratos de Patrocínio Publicitário* ('Sponsoring'), Separata da Revista da Ordem dos Advogados, Ano 58, I, Lisboa, Janeir, 1998, p. 324: "*Assim, designam-se por patrocínio os contratos pelos quais*

Assim, concluímos que, quer através da receita financeira, quer através da associação da sua identidade à realização de um determinado espectáculo que lhes confira prestígio ou notoriedade, sempre encontramos uma exploração económica da obra representada, o que permite concluir que se opera, através do contrato de co-produção, nas circunstâncias da hipótese que colocámos, uma transmissão parcial (já que o produtor inicialmente autorizado reserva direitos também para si) de direitos de exploração económica da obra que, à luz do exclusivo em que consiste o conteúdo do direito patrimonial de autor, carece sempre do consentimento deste nos termos do Art.º 118º do CDADC.

Respondida a questão enunciada, temos agora dados para poder afirmar que entendemos que o sujeito que celebre, inicialmente com o autor, ou posteriormente com o consentimento deste, com outra entidade, contrato pelo qual divide com esta o investimento necessário para a produção do espectáculo, tendo como contrapartida retorno de natureza financeira ou economicamente mensurável (como a de prestígio ou notoriedade), pela associação da sua colaboração, em dinheiro ou em espécie, com a realização daquela representação, deve ser reconduzido à noção de *empresário* empregada ao longo da secção do CDADC dedicada ao contrato de representação cénica.

uma pessoa, chamado patrocinado, se obriga a garantir, pela sua participação num evento, a presença neste da marca ou demais sinais distintivos de uma outra pessoa, chamada patrocinador, com vista à sua difusão junto do público, imediato e mediato, deste acontecimento, mediante assistência financeiro e/ou material fornecida pelo patrocinador.”. Ilustrando, ainda, esta distinção clara entre organizador do espectáculo e patrocinador encontramos uma referência, a repetir aqui, respeitante aos patrocinadores de eventos desportivos e à sua relação com os organizadores do mesmo: “*Sponsors will often also seek a reduction of the sponsorship monies if a television broadcasting contract for the event is cancelled or reduced in its scope. (...) The event organizer should arrange insurance cover against the cancellation of the event (...).*” – **Craig Moore**, *Sports Law and Litigation*, 2nd Edition, CLT Professional Publishing, Hertfordshire, 2000, p. 60.

2.2 NOÇÃO ADOPTADA

Em suma, digamos que detém a qualidade de (co-)produtor do espectáculo, a pessoa singular ou colectiva que, com autorização do autor, investe, em dinheiro e/ou em espécie (com esforço de coordenação produtiva e/ou com bens materiais), na realização do mesmo, com o objectivo de receber um retorno desse investimento, economicamente mensurável, correndo o risco da sua exploração.

3. O ESPECTÁCULO

3.1 A NOÇÃO DE ESPECTÁCULO

Um dos métodos para encontrar a definição de um conceito do ponto de vista jurídico é recorrer aos termos em que a lei o define.

O termo *espectáculo*²⁹ público aparece definido, no nosso ordenamento, na Lei n.º4/2008, de 7 de Fevereiro, alterada pela Lei n.º 28/2011, de 16 de Junho, que aprova o regime jurídico dos contratos de trabalho dos profissionais de espectáculos e estabelece o regime de segurança social aplicável a estes profissionais. No termos do seu Art.º 1º-A, ressaltando que o faz para efeitos do próprio diploma, reza a lei assim:

Artigo 1.º-A

Definições

Para os efeitos da presente lei entende-se por:

²⁹ Que, como ensina **Villegas Lazo**, vem do latim “spetaculum” que advém de “spectare” que significa ver, *op. cit.*, p. 303.

a) Espectáculo ou evento cultural público: manifestações artísticas ligadas à criação, execução e interpretação que se realizem perante o público e ainda que se destinem a gravação e a transmissão para posterior difusão pública, nomeadamente em teatro, cinema, radiodifusão, televisão ou outro suporte audiovisual, internet, praça de touros, circo ou noutro local destinado a actuações ou exposições artísticas. (...)

Este conceito é, para nós, insuficiente, apesar de bem melhor do que o que constava na Lei n.º 4/2008³⁰, na sua redacção original. A tentativa de identificação do fenómeno espectáculo, pelo recurso a critérios tão díspares como a utilização da ideia teatro e de radiodifusão como forma de comunicação pública³¹, terminando com o critério do local onde o espectáculo se realiza, como as praças de touros, não nos auxiliam na nossa tarefa, não apresentando um critério unívoco na determinação deste conceito.

Tendo em conta a noção de produtor de espectáculos a que chegámos, o que releva para efeitos de definição de espectáculo, para o âmbito

³⁰ Que dispunha:

“Para efeitos da presente lei, são considerados espectáculos públicos os que se realizem perante o público e ainda os que se destinam a gravação de qualquer tipo para posterior difusão pública, nomeadamente em teatro, cinema, radiodifusão, televisão ou outro suporte audiovisual, Internet, praças de touros ou noutro local destinado a actuações ou exposições artísticas.” Esta redacção tinha como principal elemento caracterizador o público, e se é certo que o Art.º 108º do CDADC isenta da autorização do autor, a representação de obra previamente divulgada, se efectuada sem fim lucrativo e em privado, num meio familiar, o enfoque do conceito apenas na noção de público, é deveras insuficiente para caracterizar a figura do espectáculo; também os comícios de natureza política se realizam, muitas vezes, perante o público e não se questiona, e bem, se se trata de um espectáculo enquanto bem imaterial de valor próprio.

³¹ Com o devido respeito, a inclusão, no texto daquela norma, das duas expressões radiodifusão e televisão, parece demonstrar uma incoerência incompreensível de terminologia no seio do nosso sistema jurídico já que, nos termos do Art.º 176º, n.º 9, do CDADC, se define como (...) *emissão de radiodifusão a difusão dos sons ou de imagens, ou a representação destes, separada ou cumulativamente, por fios ou sem fios, nomeadamente por ondas hertzianas, fibras ópticas, cabo ou satélite (...)*, pelo que parece haver uma repetição de realidades entre aqueles dois termos – radiodifusão e televisão – abrangendo o termo radiodifusão a transmissão televisiva de conteúdos.

do nosso estudo, é o facto deste consistir num resultado de um processo produtivo que gera um bem.

Outro método para encontrar a definição de um conceito é procurar, nos estudiosos e estudos sobre a matéria, se o mesmo já se encontra formulado.

A doutrina aventou já algumas definições. Para Alberto Sá e Mello, *“(...) espectáculo é todo o evento que suponha organização segundo um plano preestabelecido, quer envolva ou não figuração de participantes que o interpretam, aberto ao acesso público e que seja susceptível de fixação/gravação em suporte material e de comunicação pública.”*³²

Deste conceito não compreendemos a importância da referência à susceptibilidade de fixação como elemento que especialmente o caracteriza. Qualquer representação da realidade material, quer seja uma paisagem, uma parede, a imagem directa e sem qualquer rasgo de criatividade de um edifício, é susceptível de fixação.

José da Costa Pimenta afirma que a *“(...) noção jurídica de espectáculo apresenta-o como uma coisa imaterial (incorpórea), destinada ao simultâneo e imediato desfrute visual e/ou auditivo de um conjunto de terceiros, a que se chama público (espectadores e/ou ouvintes), para recreio destes, a título gratuito ou oneroso. Nela se compreendem, pois, as sessões de teatro, cinema, bailado, circo e variedades, as audições musicais, as competições desportivas, as touradas, etc..”*³³

³² **Alberto Sá e Mello**, *Filmagem de espectáculos desportivos e “direito de arena”*, Creaciones Audiovisuales Y Propriedad Intelectual, Cuestiones Puntuales, Madrid, 2001, p. 56.

³³ **José da Costa Pimenta**, *Propriedade do Espectáculo e Liberdade de Acesso às Fontes de Informação*, Polis, Revista de Estudos Jurídico-Políticos, Lisboa, Ano 1, n.º 1, Outubro-Dezembro 1994, pp. 56 e 57.

Esta noção traz-nos uma série de elementos, todos eles relevantes, como a existência de público, o desfrute, e a forma imediata da sua apreensão, mas também o elemento da existência de um bem imaterial (que abaixo veremos ser a qualificação do espectáculo como coisa – incorpórea – a comumente aceite). Resta saber se traz todos os elementos necessários.

Também o conhecido Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República n.º 17/93³⁴, contém uma noção de espectáculo, dizendo que este conceito “(...)traduz em geral a ideia de uma representação (...) destinada a ser motivo de divertimento, independentemente da sua estrutura e fins acessórios, à qual o público assiste passivamente e cujo desenvolvimento é apreendido só pela vista ou, conjuntamente, pela vista e pelo ouvido.”

Quanto a esta noção, digamos que a dispensabilidade de estrutura é mais um novo elemento em que devemos ponderar e com o qual discordamos, como abaixo sustentaremos.

A noção de espectáculo deve ser induzida³⁵ de forma parcelada, recorrendo a vários elementos que o compõem e cuja presença deve impor os limites mínimos para que se possa afirmar que determinada realização é um espectáculo. O mesmo é dizer que, para encontrar a definição de espectáculo temos de encontrar os elementos sem os quais não podemos considerar certo evento como um espectáculo, e quais é que podem não estar presentes, sem que o evento deixe de poder ser considerado um espectáculo.

Pensamos ser importante analisar as seguintes aspectos:

- i) Origem;

³⁴ Disponível em <http://www.dgsi.pt/pgrp.nsf/Por+Relator/D5DA082E5232B5E88025661700420EE3/?OpenDocument>

³⁵ Enquanto raciocínio que parte de premissas particulares para uma conclusão geral.

- ii) Conteúdo;
- iii) Objectivo.

Inicialmente, o que caracteriza o espectáculo de forma a torná-lo em algo que mereça a tutela do direito relativamente ao produtor é o facto de este ter origem num processo produtivo. Assim, uma chuva natural de estrelas pode ser um verdadeiro espectáculo no sentido comum do termo, no sentido de que impressiona por ser um acontecimento de raridade e beleza, mas não será certamente um espectáculo a proteger pois não há titular a quem atribuir qualquer valor pela sua ocorrência: é um acto da natureza³⁶.

Assim, podemos dizer que a origem do espectáculo num processo planeado de recolha e aplicação de meios por forma a conceber o conjunto de acções apresentadas publicamente é o primeiro elemento essencial à caracterização do espectáculo como bem disciplinado no âmbito da propriedade intelectual.

Seguidamente elencámos o conteúdo. Antes de mais, há que esclarecer que, tal como o fonograma ou o videograma não exigem a integração de obras protegidas pelo direito de autor no conteúdo fixado, para que o respectivo produtor adquira um direito conexo sobre o registo³⁷ que efectuou, também aqui o espectáculo não

³⁶ Apenas poderá passar a ser objecto de direito conexo se fixado, em suporte material, pela primeira vez, por pessoa singular ou colectiva que passa a ter a qualidade de produtor de videograma.

³⁷ Na senda de **Oliveira Ascensão** - Direito de Autor e Direitos Conexos..., p. 568.-, entendemos que o objecto do direito do produtor é o conteúdo fixado no fonograma ou no videograma, os sons e/ou as imagens registadas pelo seu produtor, o que não deixa de ser um bem diferente e em nada confundível com a obra que, se for o caso, aí se encontra fixada. Efectivamente, uma coisa é a obra que pode ser objecto de várias interpretações artísticas (ainda que com a mesma instrumentação, ou num mesmo local com os mesmos elementos cenográficos), outra coisa é aquele resultado da gravação, aquela fixação, não no sentido do seu suporte material, mas no sentido de sequência de sons e/ou imagens concretas que são depois difundidas/recebidas repetidamente de uma determinada maneira. Pensamos, até, que quando a CR usa primeiramente o vocábulo fixação, ou quando a lei portuguesa usa a palavra registo, nos querem conduzir a algo como o resultado efectivo e concreto, em sequências de sons e/ou de imagens, que a fixação comporta. Em suma, podemos dizer que, em

implica a apresentação de obras intelectuais criativas³⁸ (embora não possamos perder de vista que este não é o objecto de análise concreto no nosso estudo, mas sim os espectáculos que comuniquem este tipo de obras). É o caso dos eventos desportivos, sobre os quais o direito dos respectivos organizadores já se encontra regulado em vários países³⁹ e cujo exemplo utilizaremos, a título comparativo, ao longo do nosso trabalho.

O conteúdo releva, então, para o conceito de espectáculo de natureza artística que aqui nos interessa, pelo facto de dever ser concebido e produzido por forma a ser exposto, apresentado activamente, com base em acções aptas a conduzir a obra até ao público através de prestação artística, para ser recebido pelo sentido visual, podendo também incluir som.

Esta afirmação possui dois sentidos.

nosso entender, o objecto do direito conexo do produtor de fonogramas e de videogramas é o *conteúdo* do fonograma ou do videograma *tal como este foi fixado*, a bem dizer, o *resultado registado* no respectivo suporte material, não se confundindo com este suporte, nem com as obras protegidas que, eventualmente, a mesma fixação comporte.

³⁸ Defendendo o espectáculo desportivo como obra do engenho e os atletas como seus co-autores, na medida em que as decisões tomadas dentro das regras do jogo pressupõem um esquema predefinido, encontramos **Teresa Stella**, *Sul diritto di riproduzione degli spettacoli sportivi (comentário)*, Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni, Pádua, A. 88, Parte Segunda, n.ºs 5 e 6 (Maio, Junho), 1990, p. 256. Discordamos desta posição, desde logo porque, proteger uma estratégia de jogo corresponde ao proteger de ideias, processos e métodos que, nos termos do Art.º 1º do CDADC, não são objecto de protecção, o mesmo parecendo decorrer da lei italiana do direito de autor que, no seu artigo 1º dispõe “*Sono protette ai sensi di questa legge le opere dell'ingegno di carattere creativo che appartengono alla letteratura, alla musica, alle arti figurative, all'architettura, al teatro ed alla cinematografia, qualunque ne sia il modo o la forma di espressione. Sono altresì protetti i programmi per elaboratore come opere letterarie ai sensi della convenzione di Berna sulla protezione delle opere letterarie ed artistiche ratificata e resa esecutiva con legge 20 giugno 1978, n. 399, nonché le banche di dati che per la scelta o la disposizione del materiale costituiscono una creazione intellettuale dell'autore.*”

³⁹ A título de exemplo: a ordem jurídica italiana dedica-lhe a Legge 19 luglio 2007; os Estados Unidos emitiram o *Sports Broadcasting Act*, em 1961; a lei brasileira prevê a existência do direito de arena no Art.º 42º da Lei n.º 9.615, de 24 de Março de 1998.

Um primeiro em que esta forma de apresentação difere da mera reprodução material e de distribuição de exemplares. O factor de comunicação da obra através de meios adequados à apresentação simultânea, ao vivo, da obra a várias pessoas sem necessidade de produção de exemplares é aqui verdadeiramente essencial, na medida em que a gravação de um CD ou a impressão de um livro, embora constituam processos produtivos que são retribuídos em sede própria (sendo que a gravação do CD traz consigo, ao respectivo produtor, um direito conexo⁴⁰) não constituem espectáculo pois, de cada vez que são fornecidos não são expostos publicamente, mas comercializados exemplares da obra para consumo privado.

Um segundo sentido, em que a apresentação privilegia um cuidado com a forma de qualidade visual e, sonora, se a houver, com que chega a quem o recebe. Não podemos esquecer que o espectáculo é algo que se pretende executar de forma a impressionar e levar o conteúdo, a(s) obra(s), a tocar o público da forma mais emocional possível. O espectáculo procura provocar exaltação e sublimação em quem assiste, por isso, discordamos com a noção adiantada pelo Parecer citado em que afirma ser a estrutura irrelevante para o conceito de espectáculo produzido, pois a estrutura, quer em sentido material, enquanto conjunto de meios, quer em sentido imaterial, enquanto forma de apresentação de conteúdo, parece-nos um elemento essencial.

O objectivo, esse, tem de ser o de ser recebido, de forma presencial, em simultâneo com a execução, pelo público^{41 42}. É que se a

⁴⁰ Isto, sem prejuízo de, mais adiante, referirmos que a comunicação pública de conteúdos videográficos constitui execução pública de obra – Art.º 139º, n.º 2 CDADC.

⁴¹ Os gregos chamaram *theatron* aos espectáculos de tragédia e comédia e que significa *lugar de onde se vê*.

⁴² Para De Sanctis e Fabiani, estaremos ainda perante um espectáculo e perante comunicação directa ao público, mesmo que este não esteja a receber presencialmente a execução, mas desde que se mantenha a recepção simultânea com

apresentação da obra ou a realização do evento for apenas efectuada para fins de fixação e de radiodifusão, a relação entre o produtor e aquele que fixa ou difunde é de natureza distinta. Nestes casos, a entidade que pretende fixar ou radiodifundir o conteúdo, senão o produzir ela própria, contrata um produtor para o efeito, e nestes casos estamos perante um contrato para fixação fonográfica ou videográfica, incluindo ou não a finalidade de radiodifusão (Art.ºs 141º e 150º CDADC). Arriscamos dizer aqui que, inclusive no caso da realização de uma execução de um conjunto de canções de uma banda, directamente para fixação, ainda que sob a forma audiovisual, a produção dessa execução mesmo que efectuada por uma terceira entidade que não a que fixa aquele conteúdo, é um serviço que é negociado e contratado como mera prestação de serviços sem que para este produtor decorram quaisquer direitos próprios da qualidade de empresário/produtor de espectáculos ou mesmo de produtor do fonograma ou do videograma – é a figura do produtor executivo, mero colaborador operacional que executa uma série de tarefas em prol da produção, e que se distingue da qualidade de produtor do bem imaterial, este enquanto entidade máxima responsável, financeira e organizativamente, pela globalidade da produção.

O espectáculo que aqui releva deve ser sempre considerado como tendo por objectivo comunicar *publicamente*, ao vivo e em simultâneo com a sua execução, um evento. Aliás, veja-se que, para efeitos de qualificação de determinado contrato como de representação cénica, a apresentação de uma obra num seio familiar e em privado, não é

a execução, mesmo que esta recepção seja efectuada com o auxílio de meios técnicos com ecrãs ou colunas de difusão sonora. Em Portugal, o Teatro Nacional de São Carlos montou já, no Largo onde se situa, um ecrã gigante no qual transmitia, em directo, a quem passasse na rua ou aí pretendesse ficar a assistir, a estreia de algumas óperas. **Vittorio M. De Sanctis e Mario Fabiani**, I Contratti di Diritto di Autore, Dott. A. Giuffrè Editore, Milão, 2007, pp. 179 e 180. Os mesmos autores defendem, ainda, nesta mesma obra, p. 184, que a presença de público caracteriza e qualifica o direito de representação e de execução, assim como o de recitação (tradução nossa).

considerada representação integrável naquele regime, sendo nestes casos, inclusivamente dispensada, no caso de obra previamente divulgada, a autorização do autor – Art.º 108º, n.º 2 CDADC.

Com efeito, o conceito de espectáculo que procuramos é o que oferece ao respectivo produtor alguns direitos decorrentes desta sua qualidade. O resultado que o produtor proporciona tem um valor significativo e no que respeita ao espectáculo parece decorrer, pelo menos daquele preceito da disciplina do contrato de representação cénica, que o legislador lhe reconhece valor enquanto este chega a um público que o consome, que o desfruta, que o goza, enquanto chega a um conjunto de pessoas anónimas ou mesmo que identificáveis num certo círculo (como é o exemplo de um espectáculo apresentado para os trabalhadores de uma determinada empresa) que, assistindo ao espectáculo, adquirem um valor. Estamos em crer que a exclusão do meio familiar deste cômputo de público advém, não só da noção de uso privado como excepção ao exclusivo em que consiste o direito de autor, mas, de igual modo, em última instância e porque sem expressão na exploração económica, directamente da pequena expressão numérica de consumidores do espectáculo que esse meio representa.

Deixamos, então, de fora elementos como a existência ou não de pagamento para assistir ao espectáculo, a participação ou não de intérpretes, a exigência de inclusão de conteúdos protegidos pelo direito de autor, como critérios definidores do conceito de espectáculo.

A terminar, tentamos uma noção de espectáculo que, para o nosso estudo será o de espectáculo produzido, pois apenas esse releva para efeitos de eventuais direitos do produtor.

Acolhendo parcialmente a sugestão de Alberto Sá e Mello, defendemos que o espectáculo, para efeitos do nosso estudo, *é todo o evento que suponha organização segundo um plano preestabelecido*, de conteúdo especialmente executado e orientado para a recepção presencial simultânea visual, podendo ser visual e sonora, e com o objectivo de satisfazer a vontade do público de assistir à apresentação do mesmo.

3.2 O ESPECTÁCULO COMO COISA INCORPÓREA

O espectáculo é, em si, um momento, uma dinâmica.

É um momento em que decorre uma sequência de sons, imagens ou de ambos, que criam um conjunto como resultado de uma conjugação material e temporal, perceptível pelos sentidos, mormente pela visão e pela audição (podendo, em espectáculos ao vivo, chegar aos restantes sentidos do qual o olfacto é já bastante explorado).

A classificação entre coisa corpórea e incorpórea é efectuada pelos Romanos com base no critério entre o que existe e o que é inteligido ou uma noção do espírito⁴³.

O espectáculo é de facto uma noção do espírito, não só para quem o consome pois, mesmo chegando aos cinco sentidos, o que fica é uma noção, uma experiência, uma vivência que não pode ser agarrada, fisicamente apropriada⁴⁴, uma percepção sensorial e intelectual que,

⁴³ **Menezes Cordeiro**, Direitos Reais, Lex Editora, Lisboa 1993, p. 191.

⁴⁴ Como afirma **José da Costa Pimenta** - *op. cit.*, p. 57-, como bem imaterial que é, o espectáculo possui o dom da ubiquidade, podendo ser desfrutado em simultâneo por várias pessoas, e através da sua reprodução, podendo ser desfrutado em simultâneo por ainda mais pessoas em locais diferentes.

terminado, conduz à memória desses momentos em que se viu e ouviu.

O espectáculo é o que vivemos, em directo, lá, ou mesmo em consumo diferido, em suporte fonográfico ou videográfico. Para quem cria é também uma noção do espírito, tem, para o que nos interessa, na sua base obras de natureza intelectual, criações, ideias originais materializadas que são executadas de acordo com o que foi cometido e criado (independentemente de concluirmos se o espectáculo, enquanto sequência concreta de acontecimentos é ou não uma obra autónoma).

Mesmo em caso de fixação, a imaterialidade do espectáculo não se perde, assim como se mantém a imaterialidade da obra cinematográfica, musical ou literário-musical quando gravada em videograma ou fonograma. A materialização de um conteúdo não altera a natureza deste conteúdo, apenas o guarda tal como ele é efémero a cada vez que é exibido.

O espectáculo é uma coisa, ainda assim, enquanto, nos termos do Art.º 202º do Código Civil Português, pode ser objecto de relações jurídicas - e independentemente de concluirmos pela existência ou inexistência do direito ao espectáculo enquanto direito de propriedade intelectual, enquanto direito conexo - este é desde logo objecto da relação jurídica constituída nos termos do Art.º 117º do CDADC.

Temos, pois, para nós, o espectáculo como coisa incorpórea, como objecto de relações jurídicas enquanto bem e valor autónomo, e realidade imaterial, como noção, resultado do espírito.

E se é certo que o espectáculo tem uma base de execução material, como o palco ou o espaço em que é apresentado, ou os meios técnicos

e físicos que o servem, estes não se podem confundir com o espectáculo em si, tratando-se aqueles, precisamente, dos meios físicos intermediários, veículos de transmissão do conteúdo intelectual criado. Pode até discutir-se de quem é a propriedade desses bens enquanto coisas corpóreas, mas a relação entre o material e o equipamento que serve o espectáculo está para este como a tela para o quadro, a pedra para a escultura ou o papel para a fotografia.

Nerea Sajúan afirma que, em Espanha, e no que respeita ao espectáculo desportivo - sobre o qual existe já uma enorme quantidade de trabalhos que se dedicam à análise do direito dos organizadores de eventos desportivos aos espectáculos que proporcionam e que teremos oportunidade de revelar ao longo deste trabalho -, *“En lo que se refiere a su naturaleza, la doctrina parece entender mayoritariamente que las imágenes desportivas son bienes inmateriales.”*, dando como exemplo alguns autores como Alberto Palomar Olmeda e Antonio Descalzo González que afirmam que as imagens dos eventos desportivos são bens intangíveis⁴⁵.

Parece-nos, ainda, que para o aplicador do direito, a coisa imaterial espectáculo deve ser entendido com uma dupla função:

- a) Funcionando os elementos essenciais integrantes da sua noção (ver nosso ponto anterior) como critério⁴⁶ para verificar se estamos perante a realidade que é objecto ou não de direitos, mormente dos direitos que se constituem na esfera jurídica do produtor de espectáculos, quer resultantes da celebração de

⁴⁵ **Nerea Sanjuán**, *Derechos de imagen y derechos audiovisuales en el deporte profesional*, Revista jurídica del deporte, Pamplona, n.º 12 (2004), p. 294.

⁴⁶ À semelhança, pensamos, do que **Orlando de Carvalho**, em Critério e Estrutura do Estabelecimento Comercial, Vol. I, O Problema da Empresa como Objecto de Negócios, Atlântida Editora, Coimbra, 1967, p. 679, propõe que se considere face ao estabelecimento comercial que considera objecto empiricamente percebido, dizendo *“O ser é critério do ser e daí que a negociação das empresas (...) constitua um autêntica pré-definição desse objecto.”*.

contratos de representação cénica, quer resultantes da lei, no caso do direito ao espectáculo;

- b) Funcionando como verdadeiro objecto de negócio jurídico, no nosso entender como objecto mediato, mas ainda assim como coisa incorpórea sobre que incide determinado negócio⁴⁷.

Concluímos, assim, sem nos alongarmos mais numa matéria que não parece ter complexidade suficiente para o justificar que, para o Direito, o espectáculo é um bem imaterial e deve ainda ser olhado pelo aplicador do direito sob dois prismas: como critério que, através da sua noção, serve para aferir se estamos perante a realidade que corresponda ao bem objecto de direitos – espectáculo - tal como o sistema jurídico o exige; e como objecto de negócio que, como veremos, permite ao seu titular transferir total ou parcialmente o seu conteúdo para outrem⁴⁸.

3.3 O ESPECTÁCULO: VÁRIOS AUTORES E VÁRIAS OBRAS

O CDADC não autonomiza a figura do espectáculo como obra, apenas se referindo a este como resultado da utilização de obras na sequência da celebração de um contrato de representação cénica, referindo-se a tal figura como *representação*.

Diferentemente do que acontece na lei italiana, a Legge 22 aprile 1941, na qual se encontram regras que disciplinam a forma como, perante obras que tipicamente se apresentam em conjunto - como na ópera -, se exploram as mesmas, ligada ou separadamente, e ainda

⁴⁷ Ainda recorrendo à mesma abordagem de **Orlando de Carvalho** que, quanto ao estabelecimento comercial, afirma: “(...) *se acontece um negócio sobre o estabelecimento, o estabelecimento só por isso é objecto de negócios.*” – *op. cit.*, p. 679.

⁴⁸ Como refere **Orlando de Carvalho**, “(...) *ser negociável significa ser capaz de aproveitar a outrem (...)*”, *op. cit.*, p. 680

como o exercício do direito de autor dos vários autores é distribuído em sede de exploração comum, baseadas num critério de relevância que aquelas obras autónomas têm nas unidades artísticas que compõem, e que mais abaixo descrevemos com mais pormenor, no regime jurídico português não encontramos qualquer tratamento da matéria.

Nos artºs 33º e seguintes da Legge 22 de aprile de 1941, que integram a Secção I, do Capítulo IV, que dispõe sobre os direitos de utilização de certas categorias de obras, neste caso, obras dramático-musicais, composições musicais com palavras, obras coreográficas e pantomímicas, encontramos regras que disciplinam o exercício da, chamada por Paolo Greco⁴⁹ *La comunione nelle opere liriche e teatrali*. Veremos mais adiante como qualificar tecnicamente esta *comunione*.

Esta referência comparada com o direito italiano auxiliar-nos-á, mais adiante, na qualificação ou não do espectáculo como obra.

Neste ponto do nosso trabalho tentaremos qualificar o espectáculo perante a dogmática do direito de autor, face à pluralidade de autores e de obras que contribuem para o seu conjunto e nesta matéria, auxiliar-nos-á, ainda, de forma decisiva, a tese de mestrado de José Alberto Vieira⁵⁰, que, especialmente dedicada à análise da convivência entre vários autores e várias obras, contém um levantamento e uma elaboração de uma completude e tratamento crítico que quase desenha um mapa técnico-jurídico destas realidades que permite ao estudioso desta matéria passar a deslocar-se no respectivo tema sempre com uma orientação clara.

⁴⁹ Em *Il diritti sui beni immateriali*, G. Giappichelli – Editora, Turim, 1948, p. 226.

⁵⁰ Pluralidade de Autores, Pluralidade de Obras e Criação de Obra Protegida pelo Direito de Autor, Tese de Mestrado, Encadernação da Biblioteca da Faculdade de Direito de Lisboa, 1993.

Do estudo daquela obra resulta, parece-nos, que existem três soluções para os casos em que vários autores contribuem para um resultado: a co-autoria (que dá origem à obra em colaboração), as compilações de obras (onde se incluem as colectâneas e as obras colectivas) e a conexão de obras⁵¹.

De acordo com a concepção científica apresentada e defendida naquela tese, a co-autoria verifica-se apenas quando vários autores contribuem para uma obra espiritualmente homogénea e unitária, na qual até se podem distinguir os contributos por autor (por algum, por alguns ou por todos), mas da qual estes contributos não são destacáveis, no sentido em que não são susceptíveis de serem explorados em separado. Ora esta concepção de co-autoria⁵² afasta, desde logo, a possibilidade de se considerar existir tal qualificação sempre que os contributos em causa pertençam a géneros artísticos diferentes. Define, aliás, José Alberto Vieira, a co-autoria como verificando-se quando “(...) *uma pluralidade de autores, no mínimo dois, colaboram entre si, tendo em vista a fusão numa obra unitária*”⁵³.

Ora, é precisamente a esta noção de obra unitária que nos devemos ater por agora, já que é a aplicação de um certo entendimento desta noção que faz com que, em certos ordenamentos jurídicos como o italiano e o português, que analisaremos, se encontre uma noção de

⁵¹ Convém aqui esclarecer que, os conceitos de obra em colaboração e de obra colectiva, tal como apresentados agora, espelham uma concepção científica dogmática em sede de direito de autor que não corresponde, como analisa José Alberto Vieira na sua tese mencionada, à formulação legal presente no Art.º 16º do CDADC (pp. 158 para obra em colaboração e segs. e pp. 362 e segs. para obra colectiva).

⁵² Esta concepção de co-autoria corresponde a uma concepção média, por contraposição a uma concepção restrita, que apenas admite a co-autoria quando não é possível haver distinção entre os contributos dos vários autores, e a uma concepção ampla, adoptada pelo Art.º 16º, al. a) do CDADC e que aceita a existência de uma obra unitária quando se reúnem obras de géneros artísticos distintos, que mais adiante veremos se trata, doutrinariamente, como obra composta (José Alberto Vieira, *op. cit.*, pp. 167 e segs.)

⁵³ *Op. cit.*, p. 171.

obra composta sobre a qual o exercício do direito patrimonial de autor é disciplinado em comunhão entre os vários autores.

No que respeita à lei italiana, a referência que acima fizemos de parte da disciplina respeitante a obras que se pretendem executadas sob a forma de espectáculo, como ópera ou ballet, é bastante ilustrativa de que aquele ordenamento jurídico, assim como a respectiva doutrina, consideram a existência de obra composta.

Naquele enquadramento, por obra composta entender-se-á o resultado da junção de contributos criativos de vários autores e de géneros artísticos distintos que, postos em conjunto, mediante uma verdadeira conjugação e interacção simultânea e subsequente, obedecendo a um planeamento de reunião com um objectivo comum de enlace entre si, geram uma verdadeira fusão que, atenta a sua natureza imaterial, origina uma unidade própria. Como fundamento desta unidade estariam a influência que cada obra tem noutra ou nas outras aquando da sua colocação em apresentação conjunta e o objectivo comum de reunião que traria aos autores um condicionamento na criação face a uma coerência de conjunto, aquilo a que José Alberto Vieira chama *comunidade de inspiração*⁵⁴.

Esta é, claramente, já o dissemos, a opção da lei autoral italiana. Lê-se em Greco e Vercellone, no desenvolvimento do título *Le opere composte con contributi musicali* que “*L’opera composta, una volta creata, ha ormai una sua autonoma esistenza come separato oggetto di diritti e di possibile utilizzazione económica [e] (...) opera composta è un bene, dunque, deve quindi avere un titolare e, poiché i titolare sono più d’uno, inevitabilmente deve persistere la comunione.*”⁵⁵.

⁵⁴ *Op. cit.*, p. 218.

⁵⁵ **Paolo Greco e Paolo Vercellone**, I diritti sulle opere dell’ingegno, Union Tipografico – Editorice Torinese, Turim, 1974, p. 233

É por causa desta concepção, de que existe uma obra que nasce da fusão de várias obras em prol de uma exploração comum, que a Legge 22 de aprile 1941 contém as regras dos Art.ºs 34º a 37º que disciplinam sobre o exercício do direito de autor nestes casos.

Nos mesmos preceitos determina-se, nomeadamente, que, salvo convenção em contrário entre os autores, às óperas líricas, operetas, ou mesmo aos ballets suportados por obras musicais, é aplicável um conjunto de curiosas regras especiais aí contidas. Entre estas, e no que toca à ópera lírica e operetas, define-se que o direito de autor da parte musical representa a proporção de três quartos do valor completo da obra (Art.º 34º § 3). Estabelece-se também no referido diploma, designadamente, a impossibilidade de utilização do texto (libreto), em separado ou autonomamente, pelo respectivo autor, a menos que se verifiquem condições específicas que derivem do facto de o mesmo não estar a ser utilizado no seu conjunto funcional, isto é, para o fim para que foi criado, integrado na música, no fundo inserida na obra lírica a que se destina, como por exemplo, quando decorre o prazo de cinco anos sem que o compositor a tenha integrado na partitura, no caso de libretto para ópera lírica ou opereta (Art.º 35º da Legge 22 de aprile de 1941).

Dizem ainda Greco e Varcellone, naquela mesma obra, que o regime jurídico previsto nos Art.ºs 33º a 37º da Legge 22 aprile 1941 se destina a regular essencialmente três questões: i) as quotas de participação de cada autor; ii) o exercício do direito de utilização da obra unitária (que por regra cabe ao autor da parte musical, excepto nos casos em a obra musical não tenha função ou valor, principal, cabendo ao coreógrafo ou ao autor da parte literária, conforme o tipo de obra composta em causa); iii) e a utilização em separado dos vários contributos singulares⁵⁶.

⁵⁶ *Op. cit.*, p. 229.

Estes autores chamam ainda a atenção para o facto de a atribuição do exercício do direito patrimonial de autor sobre a obra composta, sê-lo em sentido estrito, isto é, como a atribuição de um poder de administração e não da atribuição da totalidade do direito patrimonial de autor. Como tal, como mandatário *ex lege*, a gestão que cabe ao titular do exercício do direito não é ilimitado, não podendo este, por exemplo, e uma vez que a lei dispõe quotas que pretendem remunerar proporcionalmente os co-autores da obra composta, consentir na utilização gratuita desta, *motu proprio*, devendo agir como um bom pai de família naquele exercício.

Tecem-se, ainda, outras consideração sobre o direito a decidir quando a obra está pronta a ser divulgada e o direito de retirada no sentido de estes serem poderes que se encontram fora da esfera do exercício singular do autor mandatário⁵⁷ por terem natureza pessoal.

Assim, de acordo com o direito italiano, o espectáculo seria verdadeira obra, enquanto obra composta, o que, na doutrina mais se confirma ao vir referida, inclusivamente, a iluminação do espectáculo (na linguagem das artes performativas – o desenho de luz) naquela mesma obra de Greco e Vercellone, sob o título *Altre opere composte a contributi distinguibili*, quando se referem ao “(...) *spectacoli «son et lumière» che danno un effetto artistico unitario e sono quindi opere autonome, non semplice somma o sovrapposizione di due opere di genere diverso. (...) L'esercizio dei diritti di utilizzazione economica spetta all'autore della parte coreografica (art.º 37) che, nel caso, va identificato in conlui che há creato es organizzato il gioco delle luci (...).*”

⁵⁷ *Idem*, pp. 230 e 231.

Curiosamente, na doutrina espanhola, Carlos Rogel Vide e Eduardo Serrano Gómez⁵⁸, afirmam que uma obra dramático-musical é uma obra em colaboração. Este conceito encontra-se previsto no Art.º 7.1 do Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprovado pelo Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de Abril, que determina que *Los derechos sobre una obra que sea resultado unitario de la colaboración de vários autores corresponden a todos ellos*.

E aditam ainda dizendo que, nomeadamente, as obras teatrais são, no seu entender, obras complexas, que são mais do que a obra literária (que se lê, não se representa, ao invés das teatrais, preparadas em diálogos e muitas vezes incluindo *didascalie*⁵⁹) de que partem, chegando ao momento em que o movimento, as luzes, o cenário e, havendo, a música, desempenham um papel fundamental, e dão vida a uma nova obra⁶⁰.

Para estes autores é clara a decisão sobre a existência de uma unidade criativa nova, nascida do conjunto multidisciplinar que o espectáculo congrega.

De igual modo, o *Copyright Act* de 1976 (Estados Unidos da América) prevê a existência dos *joint works*, definindo-os como *prepared by two or more authors with the intention that their contributions be merge into inseparable or interdependent parts of an unitary whole*

⁵⁸ Carlos Rogel Vide e Eduardo Serrano Gómez, Manual de Derecho de Autor, Colección de Propiedad Intelectual, Madrid, 2008, pp. 29 e ss

⁵⁹ Notas ou parágrafos, redigidos pelo autor, destinadas aos actores ou ao encenador/realizador, dando indicações sobre a acção, o jogo cénico, o *mise en scène* (tradução nossa) – disponível em, http://fr.wikipedia.org/wiki/Didascalie_%28th%C3%A9%C3%A2tre%29

⁶⁰ *Op. cit.*, pp 105 e 106. Já quanto às obras colectivas, a noção da legislação espanhola parece coincidir com a posição de José Alberto Vieira, concebidas como obras de compilação nas quais o trabalho de direcção (selecção e organização) de obras de outros autores, constitui uma obra *per se*, aliás, sobre a qual os autores das obras integradas não têm qualquer direito (p.31).

(**sublinhado nosso**). Roger E. Schechter e John R. Thomas⁶¹ dão como exemplo típico os trabalhos de um compositor e de um escritor para a criação de uma canção. A lei americana determina que estes sujeitos são *co-owner of a joint work*, desde que os autores em causa partilhem a intenção de criar uma obra em conjunto ao momento da criação⁶². O regime aplicado a este tipo de obras prevê que estes titulares do *copyright* são-no em partes iguais e indivisíveis, resultando, assim, que qualquer um destes pode, sem o consentimento do outro ou outros, autorizar a utilização da obra por terceiros, tendo apenas como obrigação o pagamento ao co-titular de parte da receita que perceber com a autorização concedida. Mas o mesmo ordenamento jurídico prevê o conceito de *Dramatic Work*, enquanto na Section §102(a)(3) a refere como obra protegida. O **Copyright Office**, define-a como "(...) *one that portrays a story by means of dialogue or acting as intended to be performed. It represents all or a substantial portion of the action as actually occurring, rather than merely being narrated or described (...)*". Assim, nesta categoria integram-se as peças teatrais, as operas e operetas, juntamente com a musica que as suporta, incluindo os musicais da Broadway⁶³.

Sabemos que a lei alemã trata esta matéria de maneira diferente, considerando a verificação de co-autoria apenas nos casos em que a criação conjunta impede que as respectivas contribuições possam ser exploradas separadamente, criando a figura da conexão de obras para os casos em que obras susceptíveis de serem exploradas separadamente se congregam com um objectivo de exploração económica comum⁶⁴.

⁶¹ Em *Intellectual Property – The Law of Copyrights, Patents and Trademarks*, Estados Unidos da América, 2003, pp. 101 e ss.

⁶² *Op. cit.*, p. 102.

⁶³ *Idem*, p. 52.

⁶⁴ Referência recolhida em **Alberto Sá e Mello**, *Contrato de Direito de Autor – A autonomia contratual na formação do direito de autor*, Almedina, Coimbra, Março, 2008, p. 296, nota 412 e em Oliveira Ascensão, *Direito de Autor e Direitos Conexos...*, p. 132.

Vistos alguns exemplos estrangeiros, cabe tomar uma posição, e, chegados aqui, não nos podemos alongar em considerações sobre a problemática específica da co-autoria mais do que aquilo que nos levou a abordar o tema: decidir se o espectáculo é uma obra *per se*; e de saber se a lei portuguesa recebe ou não a noção de obra composta, na qual se pode integrar o espectáculo, e se a mesma corresponde a obra feita em colaboração, ou se o espectáculo pode ser qualificado como obra colectiva e ser subsumido ao regime dos Art.ºs 16º e ss. do CDADC.

Chegou o momento de, antes de tirar uma conclusão sobre se o espectáculo é tratado na lei portuguesa (ainda que não expressamente) como obra em colaboração ou como obra colectiva quanto ao exercício de um direito patrimonial de autor sobre si como bem jurídico autónomo, perceber o que realmente se passa ao nível criativo quando se articulam várias obras na concepção de um espectáculo, na prossecução de um resultado comum: a representação pública daquelas. Para tanto, descrevamos esta realidade.

Do ponto de vista da sua substância o espectáculo integra, nas mais das vezes e para o que nos interessa no presente estudo, uma ou mais obras protegidas pelo direito de autor.

Contudo, um concerto no qual seja executado o *Bolero* de Maurice Ravel, contará, à partida, com a representação de apenas uma obra, a musical, já que as outras componentes como a existência de cenário, ou de desenho de luz (que por regra, em concertos de música clássica, é um conjunto em nada criativo de projectores e cassetas – iluminação aplicável directamente nas estantes das partituras), não estão presentes, assim como, por regra, os membros das orquestras não têm figurino dotado de criatividade ligada à própria peça que executam, mas apenas obedecendo a códigos de formalidade comuns,

como o uso de fato para os homens ou vestido escuro e de cerimónia para as senhoras. Este espectáculo integra, assim, apenas, uma obra protegida, a obra musical.

Ora esta primeira descrição é extraordinariamente simples de analisar e de concluir que nenhuma nova obra nasce desta apresentação pública. Como é consabido, a tradução em sons, sem arranjo da obra original, de uma partitura não constitui nenhuma novidade no sentido criativo, sendo apenas uma reprodução, por outro meio de comunicação, da expressão musical criada pelo autor.

Vejamos, então, se o caso muda de figura, e se há nova obra, quando várias componentes criativas estão em cena. Como dissemos, um espectáculo integra, na maior parte da vezes, várias obras criativas. Socorremo-nos, como exemplo máximo de trabalho, da peça de teatro que, no limite, integrará a maior panóplia de géneros artísticos possíveis, a saber, o texto, o cenário, os figurinos, o desenho de luz, podendo ainda incluir obras musicais, videográficas e coreográficas. Mas mais, como elemento aglutinador, o teatro encerra ainda uma outra obra: a encenação.

A encenação consiste na determinação do movimento cénico, uma espécie de coreografia de entradas e saídas, posicionamentos dentro do palco, ou mesmo de formas de interpretação, dos actores e demais artistas intérpretes ou figurantes. A encenação, enquanto criação do jogo cénico, entre pessoas e outros elementos presentes no espectáculo, como partes de cenário, adereços, ou o recurso a elementos musicais e videográficos, em determinado momento do espectáculo, é a criação aglutinadora de todas as outras⁶⁵.

⁶⁵ O Art.º 2º, n.º 1, al. c) *in fine* do CDADC integra a encenação no elenco das obras originais protegidas pelo direito de autor. Na vizinha Espanha esta figura, apelidada de *director de escena* é definida por **Luis Felipe Rogel Sanchez**, El Contrato de Representación Teatral, Collección de Propiedad Intelectual, Editorial Reus, Madrid, 2003, p. 31, como a pessoa física que trata de todos os actos que sejam

Feita esta descrição cumpre analisar juridicamente as suas consequências, avaliando se do conjunto destas mesmas obras, do resultado obtido pela sua colocação conexa em forma de representação, nasce uma nova obra. Atenhamo-nos, em primeiro lugar, aos espectáculos para os quais colaboram mais do que um autor com as suas obras. Pode ainda dar-se o caso de existir um único autor que cria todas as obras presentes no espectáculo; em segundo lugar, pensemos se este autor é-o de várias obras que compõem o espectáculo ou é-o do espectáculo enquanto obra.

Para melhor desenvolver o nosso pensamento nesta matéria sigamos duas ordens de critérios: um objectivo, que consistirá em descortinar a existência de um resultado intelectual e criativo autónomo pela utilização em conjunto das várias obras, e um subjectivo, que consistirá na relação entre os autores. Contudo estes critérios serão avaliados em conjunto à medida que se descreve o processo de construção do espectáculo.

No direito português é considerada obra protegida pelo direito de autor a criação intelectual, nomeadamente no domínio artístico (Art.º 1º CDADC). Por criação intelectual, para efeitos de valoração em sede de Direito de Autor, deve considerar-se o produto do espírito humano dotado de criatividade e originalidade⁶⁶.

necessários para levar a cabo a representação teatral, coordenando as actuações dos artistas intérpretes ou executantes, e é tratada como sendo titular de um direito conexo. Lê-se, na mesma obra, p. 92, “*El legislador tuvo en cuenta todos los factores que concurrían e igualo en derechos, tanto patrimoniales como morales, a los directores de escena con los intérpretes, non con los autores. Dentro del Libro II y del título dedicado a los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, el artículo 105 del T.R. equipara en régimen jurídico a los directores de escena respecto de aquéllos: Se entiende por artistas intérprete o ejecutante a la persona que represente, cante, lea, recite, interprete o ejecute en cualquier forma una obra. El director de escena y el director de orquesta tendrán los derechos reconocidos a los artistas en este título*”.

⁶⁶ Sobre esta matéria, ver **Maria Victória Rocha**, A originalidade como requisito de protecção da obra pelo Direito de Autor: algumas reflexões, disponível em <http://www.verbojuridico.com/doutrina/autor/originalidade.html>

O que acontece quando se produz ou monta um espectáculo teatral, sendo este o exemplo que preferimos adoptar, é que se reúnem várias obras e se faz com estas uma espécie de *puzzle*.

Cada autor cria a parte que lhe cabe, o escritor ou dramaturgo o texto, original, traduzido ou adaptado, o compositor a música ou o sonoplasta os sons que visam criar ambientes concretos, a figurinista o desenho do guarda roupa, o artista plástico ou arquitecto, o cenário, um outro criativo assim especializado, uma obra videográfica que, projectada componha o cenário, ou mesmo o coreógrafo, o movimento que certos artistas deverão executar, por exemplo, uma luta coreografada ou mesmo uma parte dançada. Daqui decorre que, cada resultado do espírito é um objecto intelectual diferente e autónomo.

Pode até acontecer, que na elaboração de cada um destes resultados, exista, por vezes, a necessidade de concertação entre a sua criação. Pense-se na obra audiovisual que pretende colmatar partes do cenário que ficariam extremamente caras ou seriam impossíveis em termos de espaço, caso se pretendessem materializar em objectos físicos. Ou mesmo na sonoplastia, que se pretende totalmente integrada no ambiente da acção conseguido entre texto e encenação. Não entendemos, no entanto, que haja uma fusão entre estas (vídeo/cenário ou sonoplastia/texto/encenação) ao ponto de daqui nascer uma nova criação intelectual diferente da soma das várias partes. Assim, consideramos irrelevante a existência de colaboração entre os autores, bem como a sua interdependência no processo criativo mesmo que esta chegue a condicionar o resultado expressivo da obra de cada um. Não esqueçamos que os autores estão a trabalhar para um fim específico, a apresentação pública, perante espectadores, de uma conjunto de obras artísticas, que lhes permitirá fazê-las chegar aos espectadores de forma tipicamente intensa, absorvente,

envolvente intelectual e espiritualmente. Contudo, este fim comum não só não altera em nada a autoria a atribuir a cada criação intelectual, como a sua aplicação na realização desse fim - a representação - não acrescenta, a nenhum destes componentes intelectuais, uma nova expressão, apenas aparecem transmitidos num conjunto que se pretende harmónico e complementar e que permite a sua transmissão sob determinada forma de veiculação das obras: a sua apresentação ao vivo.

Também nos parece totalmente irrelevante o critério de saber se cada uma das obras integradas no espectáculo tem ou não aptidão para ser utilizada em separado, e neste aspecto destacamo-nos da concepção média de co-autoria.

O que releva é se, de facto, no seu sentido mais puro, cada autor cria uma obra própria e sua. Existem três géneros que, só por uma casualidade incrível poderiam ser reaproveitados em separado ou mesmo com outras obras de forma a serem exactamente iguais: a encenação, o desenho de luz e o desenho de som.

Enquanto o cenário ou os figurinos concebidos para uma peça de teatro como *A Casa de Bernarda Alba*, de Frederico Garcia Lorca, podem ser aproveitados para uma apresentação coreográfica do mesmo romance, ou, por exemplo, enquanto o texto teatral e a música composta para a coreografia podem ter completa autonomia e ser exploradas de formas diferentes, nomeadamente através da edição livreira ou discográfica, a encenação teatral dificilmente é susceptível de utilização independente das restantes componentes do espectáculo. Sem o mesmo cenário e sem a mesma luz a encenação dificilmente se mantém a mesma. No limite até podemos pensar numa encenação que seja possível despir de tudo, mas serão situações de excepção.

O mesmo se dirá do desenho de luz. Esse género artístico está já reconhecido no sector como obra de *per se*⁶⁷, não em termos de independência total de concepção - uma vez que a iluminação de um espectáculo serve os elementos plásticos em cena e a movimentação dos artistas que têm de ter luz sobre si para serem vistos pelo público, assim como os ambientes a transmitir, designadamente pela selecção cromática, de intensidade, de velocidade de aparecimento e desaparecimento, de aplicação de efeitos sombra -, mas em termos de autonomia da sua autoria. Nos dias que correm, há uma série de profissionais que, em vez de executarem aquilo que o encenador pretende ver iluminado, são verdadeiros fornecedores de soluções estéticas, que partem de um entendimento seu, de interpretações, perspectivas intelectuais e emoções que retiram dos textos ou do conjunto físico e artístico da construção do espectáculo e concretizam um verdadeiro projecto de iluminação que é apenas sancionado pela sua adequabilidade funcional ao restante trabalho e ao restante conjunto artístico presente em palco.

No entanto, esta funcionalidade inerente ao desenho de luz que, quando verdadeiramente criativo - isto é, não limitado a um conjunto que serve um espaço inteiro onde caiba qualquer objecto ou qualquer jogo cénico -, obsta à sua utilização em separado (a menos, como dissemos, que uma coincidência meramente académica o permita), não traz, em nossa opinião, a esta obra luminotécnica nem a sua descaracterização como obra do espírito de um determinado género artístico, nem a autoria exclusiva daqueles que a criam. O mesmo é dizer que o desenho de luz não pode, quando criado na forma como descrevemos, ser considerado obra de qualquer outra natureza artística e muito menos atribuída ao conjunto dos restantes autores do espectáculo apenas porque serve as obras destes. Dizer o contrário seria atribuir aos pintores representados numa exposição

⁶⁷ Ver **Paolo Greco e Paolo Vercellone**, *op. cit.*, p. 250.

direitos de autor sobre a eventual obra arquitectónica de suporte dos mesmos, pensada para a apresentação daquelas obras de artes plásticas e em função delas, nomeadamente em função das duas dimensões, cores, sequência de apresentação, colocação face ao acesso e visibilidade do público.

Nada do que dissemos obsta a que cada obra integrada no espectáculo não seja, de facto, uma obra de mais do que um autor. Quantas vezes um mesmo autor não idealiza um determinado espectáculo na sua globalidade e não o cria de forma quase completa, chamando outros autores para consigo comporem o concreto das suas ideias. Quando nos referimos à composição das suas ideias, não nos referimos à simples materialização, ou ao auxílio técnico sobre a sua exequibilidade, referimo-nos, sim, aos casos em que determinado autor, juntamente com outro, juntam sugestões, ideias criativas e com contribuições de ambos vão concebendo, a cada passo, a obra que aquele inicialmente tinha em vista.

Temos como exemplo a sonoplastia, entre o encenador que pretende criar certo ambiente revolucionário, por exemplo, e pretende juntar vozes e música de intervenção, compondo com o sonoplasta a obra sonora⁶⁸ a que chega. O mesmo se diga para o caso da cenografia que por vezes, estando a coreografia idealizada em função de certos objectos e de uma relação com eles, o coreógrafo se une a um cenógrafo para, em conjunto, encontrarem o projecto estético (cromático e de forma, por exemplo) que melhor serve a mensagem coreográfica.

⁶⁸ A sonoplastia tem vindo a adquirir um reconhecimento verdadeiramente criativo à semelhança do que aconteceu com o desenho de luz. Curioso é referir que, quando o conjunto sonoro de um espectáculo não seja traduzido em linguagem puramente musical mas através de ruídos, pensamos que a mesma pode ainda ser considerada criativa enquanto a sua selecção e organização revelem criatividade, à semelhança das obras de compilação.

Mas mais, é ainda concebível que sem qualquer dependência funcional existam co-autorias entre autores num só género artístico, caso aconteça que qualquer das obras a integrar no espectáculo seja criada por mais do que um autor em conjunto, como por exemplo, caso o texto traduzido representado, o tenha sido por duas pessoas.

Pelo que atrás se disse entendemos que, tanto no sentido objectivo, como no sentido subjectivo, não existe obra nova na reunião de obras e autores no processo de concepção de um espectáculo. No plano objectivo não se pode dizer que exista uma nova expressão, um novo objectivo de criatividade autónoma, separada e distinguível de cada obra.

Existe apenas uma congregação, um concatenação de obras para serem transmitidas de determinada forma, em conjunto, com o objectivo de as fazer chegar ao público provocando-lhe maior atenção, intensidade emocional, exaltação, talvez, no seu consumo, na sua percepção, sem que a operação dos elementos materiais e a interpretação artística desfigurem cada obra de *per se*.

No plano subjectivo a influência que cada obra tem no processo criativo dos restantes autores pode ser condicionante do resultado expressivo que cada um imagina, idealiza e mais tarde materializa, mas cada autor fá-lo por si, da sua génese espiritual própria, agindo a obra que se pretende congregar como inspiração, orientação funcional ou temática, mas nunca se poderá dizer que essa influência funcional ou temática (estética, como por exemplo um cenário criado para uma época romana, ou substancial, por exemplo uma composição musical para um texto trágico) podem retirar a autoria exclusiva de quem cria a obra de género distinto.

Por muito que um autor de uma música a forneça a um escritor ou poeta para que este lhe escreva uma letra, como aconteceu com

Fernando Tordo e Ary dos Santos aquando da criação da famosa canção “Tourada”, não existem senão aqui duas obras em que uma influenciou a outra, mas não é retirável ao poema essa sua qualidade enquanto obra artística é literária e esta pertence apenas ao poeta.

Ficou, apenas por indagar o caso em que o espectáculo é integralmente concebido por um único autor. Pensemos no caso de um coreógrafo, simultaneamente bailarino, que concebe um solo, com apoio sonoro também por si criado⁶⁹, sem cenário, sem música, e sem figurino criativo, isto é, imaginemos que actua de *maillot* preto simples. Não nos parece que a conclusão venha a ser diversa neste caso.

Existem várias obras de naturezas diferentes (coreografia e sonoplastia) que simplesmente pertencem originariamente à mesma pessoa que, portanto, as gere com exclusividade a todas. Esta questão releva na medida, apenas, em que não se colocam, como veremos adiante quanto aos espectáculos integrados por obras de autores diferentes, problemas relacionados com o exercício do direito de autor sobre as mesmas quando esse exercício seja directa ou indirectamente relacionado com o conjunto com o qual se concordou que cada obra fosse explorada economicamente.

Para nós, mesmo no caso de apenas um único autor conceber o espectáculo, não deixa de haver, em sentido objectivo, isto é, quanto à existência ou não de uma obra única em que o espectáculo consista, uma conexão de obras, na medida em que há uma pluralidade de criações autónomas. Esta nossa posição leva-nos a concluir que não aceitamos uma obra unitária perante géneros artísticos diferentes.

⁶⁹ Já assistimos a um espectáculo com estas características, em que o feixe sonoro do espectáculo de dança eram sons gerados a partir de um *software* que a própria coreógrafa criou, sem quaisquer outras obras em cena, para além desses sons e da coreografia, pelo que todas as autorias pertenciam à mesma criadora.

Em suma, digamos que o espectáculo, face às concepções restrita e média de co-autoria não gera uma obra desta natureza (em co-autoria), destacando-nos pessoalmente da concepção média, na medida em que a impossibilidade de utilização em separado, por razões funcionais, pode existir sem que por isso se possa atribuir o direito de autor sobre certa obra, em comunhão com os autores das restantes obras com ela funcionalmente ligadas.

Assim, entendemos não haver co-autoria, mesmo que as obras não possam ser utilizadas em separado, entendendo nós que esta apenas se verifica em obras do mesmo género artístico, ainda que se possam distinguir os contributos de cada autor (por cenas ou capítulos, por cenários base e suas transformações ao longo do espectáculo), quando estas consistam num unidade espiritual e criativa homogénea no resultado da criação, quando o resultado criativo atinge a qualificação dentro do seu género artístico como uma obra una e completa, embora criada por vários autores.

3.3.1 O PROBLEMA NA LEI PORTUGUESA

Como já acima referimos, o CDADC não se refere expressamente ao espectáculo no que respeita à sua qualificação como obra em colaboração ou obra colectiva ou sequer identifica aqueles que devem ser considerados seus autores.

Diferentemente, para as obras radiodifundidas (Art.º 21º), cinematográficas (Art.º 22º), fonográficas e videográficas (Art.º 24º) o mesmo Código determina quais os criativos que se consideram co-autores das mesmas. Nos termos deste mesmo compêndio normativo, e atendendo à forma como aí se tratam os resultados criativos compostos por criações de mais do que um autor, só conseguimos

reconduzi-las a uma de duas soluções: às obras feitas em colaboração ou às obras colectivas (Art.º 16º).

Comecemos por afastar a hipótese das obras colectivas. Este tipo de obra é, como é comumente aceite pela doutrina, uma obra de colectânea de outras obras. Aqui o conceito de obra reside numa criação intelectual diferente das obras coligidas, e consiste na elaboração de uma selecção, organização e *quicá* disposição das obras compiladas, elaboração esta dotada ela própria de criatividade.

A obra colectiva é uma nova obra, não enquanto mero aglomerado de obras várias que resultam num somatório novo, mas porquanto o critério e/ou o modo de junção das mesmas se mostram, em si, obras intelectuais dotadas de originalidade. É o caso das enciclopédias.

Tentando subsumir o espectáculo a este conceito deparamo-nos, desde cedo, com a seguinte dificuldade: na conjugação das obras em causa dificilmente se consegue simplesmente colar obras de géneros artísticos diversos que alguém se lembra de por em conjunto.

O espectáculo quer-se um conjunto integrado, harmonioso, com obras que interagem coordenadas e, portanto, muitas vezes criadas em função desse mesmo objectivo de se congregarem mutuamente.

É-nos difícil imaginar a selecção de obras independente e separadamente produzidas: um texto já existente para uma música já existente, com um cenário e figurinos já criados. Uma ópera é impossível de tratar dessa forma, as métricas entre letra e música, a quantidade de personagens e o tipo de trajes necessários, o que o cenário pretende simular, tudo isto são criações que se fazem para um conjunto. O mesmo se diga em relação a uma obra coreográfica, se pensarmos numa coreografia já elaborada, para uma música igualmente já composta, não o conseguimos imaginar, porquanto os

movimentos são, quando em simultâneo com a música, sempre ligados a esta.

De acordo com José Alberto Vieira⁷⁰, a diferença entre obra colectiva e mera obra de compilação (prevista no Art.º 3º, n.º 1, al. b) do CDADC) reside nos factos de, naquele primeiro caso, as obras reunidas serem especialmente criadas para aquele conjunto e de haver uma iniciativa de produção de novos contributos criativos.

Se atentarmos no regime de atribuição do direito de autor nestes casos, este cabe, nos termos do Art.º 19º do CDADC *à entidade que tiver organizado e dirigido a sua criação e em nome de quem tiver sido divulgada ou publicada*.

Assim, parece que este é um dos casos em que pretendeu compensar o esforço de um *empresário* que deve ser compensado pelo esforço produtivo e financeiro e pelo proporcionar de condições para o aparecimento de novas criações, tanto da obra de selecção, quanto, eventualmente, das obras seleccionadas.

A nós, parece-nos, salvo o devido respeito por opinião contrária, bastante perigoso concluir num sentido que atribua a quem desafia autores vários para criarem um espectáculo, no fundo, a quem cria uma equipa criativa, que pode até ter como base o conhecimento da vertente estética de cada autor ou mesmo uma tema para estes trabalharem, a qualidade de empresário de obra colectiva⁷¹.

A escolha simples da identidade dos autores parece insuficiente para se poder dizer que há uma selecção e acima de tudo uma organização

⁷⁰ *Op. cit.*, p. 387.

⁷¹ Defendendo que um festival pode ser considerada obra colectiva encontramos **Elisabetta Loffredo**, *L'impresa di spettacoli, anche sportivi*, Annali Italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo, Anno XVI, 2007, Guiffrè Editore, Milão 2008, p. 337.

que resulte numa expressão conjunta reveladora de uma nova criação intelectual destacada das obras que cada um virá a criar. Como já defendido, o resultado *espectáculo* não gera, para nós, uma expressão criativa diferente dos vários produtos intelectuais originais obtidos em cada género artístico. Assim, tendemos a pensar no produtor de espectáculos que toma a iniciativa de criar um espectáculo como um mero estimulador⁷² de criação de outras obras, sem se poder arrogar qualquer criação sua, na medida em que nenhum contributo criativo seu podemos encontrar em nenhuma das expressões obtidas pela criação dos autores a quem lançou o desafio.

O que o produtor faz, neste casos, é ter uma ideia de “negócio”, uma ideia genérica do tipo de produto intelectual ou artístico que pretende explorar e as ideias, nos termos do Art.º 1º, n.º 2 do CDADC, não são protegidas.

Concluímos, assim, que o espectáculo não pode ser subsumido à noção de obra colectiva, não só face à dogmática geral do CDADC e à noção de obra protegida, mas, de igual modo, face à concepção doutrinária e legal da mesma. Afastada que está esta qualificação passemos a tentar a sua subsunção ao conceito de obra feita em colaboração.

Para Luiz Francisco Rebello um exemplo típico de obra em colaboração são as obras cinematográficas⁷³, afirmando que, perante a lei portuguesa - leia-se o Art. 16º, n.º 1, al. a) do CDADC -, não é possível integrar os casos em que vários autores contribuem para um bem intelectual senão neste conceito (quando não seja o caso de obra colectiva), na medida em que no mesmo código não é de todo relevante se é ou não possível discriminar-se a contribuição de cada

⁷² **José Alberto Vieira**, *op. cit.*, pp. 186 e ss.

⁷³ Introdução ao Direito de Autor, Vol. I, Sociedade Portuguesa de Autores/Publicações Dom Quixote, Lisboa, 1994, p. 111

um dos participantes. Rejeita assim a figura da conexão de obras e qualquer efeito que esta possa ter em termos de regime aplicável ao exercício dos direitos patrimoniais de autor⁷⁴.

Mas esta é, salvo o devido respeito, uma qualificação, por um lado simplista, e por outro forçada.

Somos confessadamente adeptos do conceito de conexão de obras como decorre do explanado até aqui.

E é imperativo encontrar um regime que trate esta figura. Oliveira Ascensão apresenta uma solução bastante adequada, em nosso entender: não havendo obra diferente das obras integradas no conjunto que se pretende explorar economicamente não se gera qualquer direito de autor novo sobre uma obra que seria esse conjunto, há apenas que identificar as regras que rejam as posições dos vários intervenientes. Para nós, adiante-se, estes intervenientes serão não só os autores das obras integrantes do conjunto, mas também aqueles que tenham adquiridos direitos de utilização das obras, como, no caso os espectáculos, o produtor que pretende utilizar o seu conjunto⁷⁵.

A solução de Oliveira Ascensão é encontrada no Art.º 18º, n.º 2 do CDADC, recorrendo-se assim às regras da boa fé e rejeitando a figura da compropriedade entre os autores sobre a conexão.

⁷⁴ Diz este autor, em crítica a Oliveira Ascensão e à sua aceitação da mera conexão de obras “*A obra de colaboração seria, nesta concepção dicotómica, uma obra indivisa, enquanto a obra em conexão seria divisa. Mas esta distinção é irrelevante face à lei portuguesa, que submete umas e outras ao mesmo tratamento (...)*” Chamemos, ainda, a atenção para a expressão utilizada pelo autor transcrito *obra em conexão* que, salvo o devido respeito, integra uma contradição intrínseca já que a conexão de obras equivale à rejeição da existência de uma obra una, assentando antes na ideia de que existem tantas obras quantos os géneros artísticos em causa, logo, o correcto seria dizer-se *obras* em conexão e não obra em conexão.

⁷⁵ Direito de Autor e Direitos Conexos..., pp. 133 e 134

Esta regra ditaria, desde logo, que uma utilização, em separado, da obra de cada autor apenas seria possível caso seja inócua à exploração conjunta do espectáculo, aqui mantendo a solução proposta pelo CDADC no seu Art.º 18. n.º 2.

3.3.2 O ESPECTÁCULO: REGIME JUS-AUTORAL, AUTORES E PRODUTOR

A análise que se segue pretende apenas discernir as consequências, em termos de regime, que a conclusão de que o espectáculo como conexão de obras comporta, nas relação dos autores entre si, e entre estes e o produtor de espectáculos.

Alberto Sá e Mello revela que a conexão de obras gera uma nova situação jus-autoral⁷⁶ e, para nós, tem razão. Vejamos.

Em primeiro lugar, a relação entre os autores. Quando os autores acordam em criar ou permitir a utilização de obras já criadas para a sua integração num espectáculo são colocados perante uma proposta negocial. Desde aí emerge um conjunto de deveres e direitos constituídos por efeito de um negócio jurídico. Estes negócios serão, embora no que respeita à criação e às condições que a enformam, sujeitos ao princípio da liberdade de forma (Art.º 219º do Código Civil ou CC e Art.º 14º do CDADC), já quanto à autorização que for concedida para efeitos de utilização da obra em causa esta é obrigatoriamente reduzida a escrito, nos termos do Art.º 41º, 2 do CDADC⁷⁷, também se pode defender, como veremos abaixo, que a

⁷⁶ Contrato de Direito de Autor..., p. 295.

⁷⁷ **António de Macedo Vitorino**, na sua obra *A Eficácia dos Contratos de Direito de Autor*, Almedina, Coimbra, 1995, pp. 27 e 28, afirma que “*os contratos de direito de autor são contratos formais*”, justificando-o pela exigência da sua redução a escrito (particular ou de celebração de escritura pública) tanto na Parte Geral - dedicada à

exigência do Art.º 109º, n.º 2 do mesmo código, de sujeitar à forma escrita o contrato de representação cénica, pode ser aqui aplicável.

Assim, há que reduzir a contrato escrito as condições inerentes à criação das obras que se pretendem explorar em comum. Serão estas condições, em nosso entender, as que se prendem com a disciplina da utilização autorizada da obra a saber, a forma autorizada de divulgação, publicação e utilização, duração da autorização, território dentro do qual a obra pode ser utilizada e preço, sendo que a mesma pode ser gratuita, embora se presuma, em regime *iuris tantum*, que a autorização é onerosa (Art.º 41º, n.º 2 *in fine*).

Mas daqueles instrumentos contratuais deve constar também a identificação dos restantes autores e o género artístico dentro do

celebração de negócios de autorização, oneração e transmissão do direito de autor -, como na Parte Especial, na qual se regem alguns contratos em especial, nomeadamente os de edição ou de representação, mas conclui que esta exigência generalizada de forma não torna a formalidade determinada como uma formalidade *ad substantiam*, qualificando-a, antes, como uma formalidade *ad probationem*. Para Oliveira Ascensão (Direito de Autor e Direitos Conexos..., p. 426), as formalidades exigidas para as transmissões e onerações do Direito de Autor são *ad substantiam*, enquanto a formalidade exigida para os negócios de autorização são *ad probationem*. Esta é, de igual modo, a posição assumida pela Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, quanto às autorizações. Neste sentido encontramos os Acórdãos daquele Tribunal Superior de 15 de Dezembro de 1998, de 14 de Março de 2006, e de 01 de Julho de 2008, disponíveis em www.dgsi.pt. Curioso é verificar que, nos casos em que o autor cria uma obra por encomenda, a convenção celebrada entre este e o encomendante, só por si, não é, parece-nos, obrigatoriamente reduzida a escrito, a menos que com a mesma criação seja negociada autorização para certa utilização da obra, transmissão ou oneração do direito de autor (*vide* Art.º 14º CDADC) o que apenas se verifica se não houver aquisição originária do direito de autor pelo encomendante. Corolário desta conclusão é o caso da encomenda de uma obra de arte aplicada (Art.ºs 157º e segs. do mesmo Código), em que a aquisição do suporte material da obra determina, por efeitos da aplicação directa do Art.º 157º, n.º 2 do Código, a aquisição do direito de a expor, salvo convenção em contrário, sem se impor um meio formal quer à convenção para aquisição daquele suporte material quer à convenção que afaste aquele efeito supletivo. Aliás, no que toca às artes aplicadas o CDADC apenas prevê que se reduza a escrito o contrato pelo qual se atribui uma autorização de reprodução da obra (Art.º 159º, n.º 2 CDADC). Assim, parece-nos, salvo o devido respeito por opinião contrária, que existem negócios em sede de Direito de Autor para os quais a lei não exige forma escrita, embora reduzidos aos casos em que as partes não convencionam qualquer faculdade própria e específica do direito de autor (em que não é concedida qualquer autorização, assim como não opera qualquer oneração ou transmissão do conteúdo patrimonial do direito de autor), mas apenas prestações de natureza “comum” como a compra e venda de um bem ou uma prestação de *facere* como a criação de uma obra.

qual caberá cada um criar, as condições de preparação das obras, no sentido de se preverem tempos e locais de encontro entre os artistas, e a quem cabe fazer as escolhas que sirvam todo o espectáculo, nomeadamente a contratação de intérpretes ou executantes, ou tipo de local onde o mesmo espectáculo pode ser apresentado, rejeitando, imaginemos, qualquer apresentação em local ao ar livre. Pensamos que estes são corolários do direito moral de autor e do inerente poder de ver garantida a integridade da obra, assim como a honra e reputação do autor. Na verdade, independentemente de, a qualquer pessoa jurídica, ser reconhecido o direito de contratar apenas com quem quiser, a natureza *intuito personae* das relações jus-autorais como a que estamos a estudar conduzem à fácil conclusão de que os intervenientes que criem obras para serem exploradas em conjunto, assim como aqueles que as representem, comunicando-as ao público de forma tão sensível, imediata e incorrigível durante o espectáculo, têm de ser aceites por todos os autores envolvidos. Aliás, veja-se o próprio Art.º 113º, n.º 1, als. b) e d) do CDADC.

As alíneas identificadas prevêem caber ao autor da obra a representar o direito de ser ouvido quanto à distribuição de papéis e quanto à escolha dos colaboradores da realização artística.

Não esquecemos que nos estamos ainda a referir aos casos em que os autores se relacionam entre si e não têm como intermediário um *empresário*. Ainda assim, entendemos que o regime que regula o contrato de representação cénica, deve, em caso de dúvida ou em caso de elaboração de contratos entre autores para exploração, entre si, de obras em conjunto sob a forma de espectáculo, orientar o trabalho do intérprete e do aplicador do direito e o labor de redacção contratual, na medida em que, mesmo que, como parte do contrato não exista um *empresário*, encontramos uma função económica e social idêntica entre o contrato de representação cénica tal como tipificado na lei e o celebrado entre autores para a exploração

conjunta de uma conexão de obras para aqueles efeitos de representação cénica, pelo que as normas que regem a relação entre o autor da obra representada e os sujeito que pretendem explorar a representação (neste caso os autores das restantes obras presentes na conexão) devem ser aplicáveis, mormente, as que constam do Art.º 113º do CDADC.

Pode também acontecer que, em vez de entre todos os autores se negociar em simultâneo, no momento inicial da tomada de decisão da concretização do espectáculo, as condições em que estes o criarão e explorarão, algum ou alguns destes tenham obtido previamente autorização para utilização de uma obra para efeito de representação cénica, estejam no exercício da mesma pretendam, *a posteriori*, negociar com outros autores de obra a incorporar no espectáculo a forma como o irão explorar.

Nestes casos, ou o autor a quem foi concedida a autorização actua como empresário ou entendemos que aquela coincidência na função económica e social dos efeitos previstos pela autorização prévia aconselha a, em caso de omissão, provocar o exercício de alguns direitos previstos no regime do contrato de representação cénica, na medida em que defendemos a sua aplicação subsidiária. Referimo-nos, em especial, àqueles poderes que, como os exemplos dados acima, reflectem o direito moral do autor sobre a aplicação das suas criações.

Faltam ainda analisar duas situações: i) a de litígio entre os autores sobre a exploração em comum; ii) a utilização das suas criações em separado.

Ambas as questões foram já abordadas no ponto anterior do nosso trabalho e seriam resolvidas nos termos no Art.º 18º do CDADC.

A primeira seria resolvida segundo as regras da boa fé.

A segunda permitindo a exploração em separado dos contributos criativos de cada autor, desde que não prejudique a exploração comum, isto segundo as mesmíssimas regras da boa fé.

Nada temos a apontar a estas soluções.

Quando está presente a figura do produtor/empresário tudo se resolve nos termos do que a autorização concedida determinar, sendo que esta estará regulada tipicamente, nos termos do contrato de representação cénica.

Outras hipóteses surgem, no entanto: i) o produtor pode adquirir originariamente o conteúdo patrimonial do direito de autor por convenção, nos termos do Art.º 14º do CDADC; ou ii) pode negociar uma transmissão parcial ou total do mesmo conteúdo. Tirando estas hipóteses o produtor não tem qualquer direito de natureza autoral pura, uma vez que o resultado que produz, o espectáculo, no qual investe esforço e recursos financeiros não é obra autónoma sobre a qual recaia qualquer direito de autor sobre o seu conjunto.

O que o produtor adquire são direitos de explorar economicamente o conjunto em que a conexão de obras resulta, recebidos na sua esfera jurídica por meio de autorização para utilização das obras integrantes do espectáculo, nos termos regulados nos Art.ºs 107º e seguintes do CDADC, onde se inclui um poder de autorizar ou proibir a exploração fonográfica ou audiovisual por terceiros dessa mesma conexão (Art.º 117º do mesmo Código).

É que, embora não consideremos que o espectáculo consista em obra intelectual autónoma, consideramos que este consiste em bem intelectual de valor jurídico e material próprio que constitui um

direito na esfera do produtor/empresário que decorre não da autorização concedida pelos autores para a representação cénica das obras, mas do seu investimento e esforço produtivo que é a verdadeira génese desse poder.

Tanto os direitos decorrentes do contrato de representação cénica, quanto os direitos de controle sobre a ulterior exploração do espectáculo enquanto bem intelectual autónomo dotado de valor próprio serão objecto de análise nos capítulos que se seguem.

Resta verificar o que acontecerá em caso de conflito sobre a exploração do espectáculo e em caso de utilização separada dos contributos de cada autor face à posição do produtor.

No que respeita à primeira hipótese, a questão só se coloca se não estiver contratualmente definida.

Será sempre, porém, impeditivo para o produtor dar à obra uma utilização para a qual não esteja expressa e formalmente autorizado, tendo ainda em conta a interpretação funcional que deve operar e que consiste em se considerarem incluídas nos direitos de utilização cedidos as formas de utilização que sejam instrumentais ou funcionalmente dependentes do fim para que a utilização foi concedida, nomeadamente a cedência de fotografias de ensaios para promoção do espectáculo onde venham representadas algumas das obras em causa, como o cenário, figurinos ou o desenho de luz⁷⁸.

Para além disto, relembre-se que o produtor não é titular de qualquer direito de autor sobre o espectáculo, pelo que não pode ser tratado como se o fosse.

⁷⁸ Neste sentido, **Oliveira Ascensão**, *Direito de Autor e Direitos Conexos...*, pp. 432 e 433.

Queremos com isto dizer que o Art.º 18º, n.º 1 do CDADC não será aqui directamente aplicável, embora os princípios da boa fé sejam sempre invocáveis quer nas questões relacionadas com as relações entre os sujeitos jurídicos em sede de responsabilidade pré-contratual (Art.º 227º do CC), assim como podem auxiliar na composição do litígio as regras de interpretação e integração das declarações negociais constantes dos Art.ºs 236º e seguintes do mesmo código. Para além disto, veremos, mais à frente, que entendemos ter o produtor o direito à exploração pacífica da utilização de que se torna titular no âmbito do contrato de representação cénica.

Deste modo, caso o produtor queira explorar o espectáculo e algum dos autores se oponha a essa intenção, ou recorre aos mecanismos de exigência de cumprimento contratual ou terá de recorrer à vontade concordante dos restantes autores e à sua disponibilidade para se socorrerem do Art.º 18º, n.º 1 do CDADC.

No que respeita à segunda hipótese, o de os autores pretenderem explorar as suas obras em separado, o problema ficará desde logo resolvido caso a autorização para aplicação da obra ao espectáculo seja concedida com exclusividade o que impedirá o autor de ceder a sua exploração a terceiros, assim como, de explorar por si de forma concorrencial com o produtor. Caso esta exclusividade não seja expressamente convencionada entendemos que a questão está automaticamente respondida.

Se pode ceder a sua utilização para exploração a terceiros, por maioria de razão, poderá, no âmbito do seu próprio direito de autor, fazê-lo por si. No entanto, defendemos como limite a esta possibilidade de exploração por parte do próprio autor, a causa-função do contrato de representação cénica, comum a ambas as partes, que consiste no objectivo de se proceder à melhor exploração

possível da representação cénica convencionada, o que, mais uma vez, nos conduz não só aos princípios da boa-fé, mas de igual modo a regras de lealdade de concorrência e ainda ao já referido direito do produtor à exploração pacífica da utilização convencionada e que melhor analisaremos no capítulo seguinte.

Em suma, a conexão de obras gera, inegável e inevitavelmente, um conjunto de situações jus-autorais, de origem legal e contratual, não só quanto às obras que integra mas também quanto ao bem intelectual de valor próprio que a exploração em comum determina.

III. CONTRATO DE REPRESENTAÇÃO CÉNICA

Como já acima referido, o papel do produtor de espectáculos encontra-se, na relação directa com os autores das obras que este pretende apresentar publicamente, regulado no nosso CDADC, na sua Secção II – Da representação Cénica, do Capítulo III – Das utilizações em especial.

Neste conjunto de normas encontramos uma série de regras que posicionam o produtor de espectáculos como uma entidade virada à exploração de uma determinada forma de comunicação pública de obras protegidas pelo direito de autor que mereceu, da parte do nosso legislador, uma atenção muito especial no que respeita à necessidade de determinar as condições e os limites dentro dos quais aquele empresário pode utilizar a obra, e não nos referimos apenas à forma de exploração que lhe é concedida no âmbito deste contrato, mas, de igual modo, nos termos em que este exerce a sua actividade de produtor de um resultado diferente daquele que é a obra, desde o momento em que lhe está a aplicar os métodos e os meios próprios da apresentação da mesma sob a forma de espectáculo, isto é, integrada com vários outros elementos, visuais ou sonoros, com outras obras, até, que influenciam a forma como aquela chega às pessoas que a usufruem, ao público.

Estudar o regime do contrato de representação cénica pareceu-nos absolutamente essencial para enquadrar o direito do produtor de espectáculos, não só porque na sua disciplina encontramos um conjunto de comandos que permitem perceber o conteúdo do direito que o produtor de espectáculos adquire quando celebra este tipo de negócio, mas porque é inserido neste mesmo regime que encontramos o direito que pretendemos analisar com mais profundidade, o *direito ao espectáculo*. A este direito dedicaremos o Capítulo seguinte do

nosso trabalho. Para já, faremos uma análise deste tipo de contrato, não esquecendo, no entanto, que o nosso objectivo é encontrar os direitos que o produtor de espectáculos tem sobre o resultado da sua actividade – o espectáculo enquanto bem imaterial de valor autónomo – pelo que a passagem que faremos sobre este tipo negocial iniciar-se-á com a identificação dos seus elementos para enquadramento da relação jurídico-negocial em causa, seguir-se-ão algumas considerações que entendemos mais relevantes do ponto de vista técnico-jurídico sobre a sua disciplina legal (tentando fugir à descrição ou repetição do que se encontra disposto no próprio Código), descrevendo os conteúdos essenciais das posições contratuais de autor e empresário que sejam partes num contrato deste tipo, aproveitando, aqui, para se comparar a posição e os direitos que se constituem na esfera jurídica deste cessionário ainda nos casos de estarmos perante um contrato de recitação ou de execução.

1. CONTRATO DE REPRESENTAÇÃO CÉNICA: NOÇÃO E ELEMENTOS

O nosso Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos contém, no seu Art.º 107º, uma noção de representação. Sob a epígrafe de, precisamente, *noção*, reza assim aquele preceito:

Representação é a exibição perante espectadores de uma obra dramática, dramático-musical, coreográfica, pantomímica ou outra de natureza análoga, por meio de ficção dramática, canto, dança, música ou outros processos adequados, separadamente ou combinados entre si.

Da leitura desta norma, retiramos, desde logo, que a noção é, não a de contrato de representação cénica, mas do acto de *representação*,

enquanto uma das possíveis formas de utilização de obras protegidas pelo direito de autor, e que, como veremos, integra o objecto do contrato de representação cénica.

Nas normas que definem noções de contratos é comum, e da boa técnica jurídica, encontrarmos o objecto do negócio e a descrição das principais prestações que cabem a cada uma das partes. Estes elementos encontram-se, sim, para o contrato agora em análise, no Art.º 109º, n.º 1, do mesmo Código, que em seguida transcrevemos:

Art.º 109º (Forma, conteúdo e efeitos)

1 - Pelo contrato de representação o autor autoriza um empresário a promover a representação da obra, obrigando-se este a fazê-la representar nas condições acordadas. (...)

Optámos por transcrever estes dois preceitos porque constituem a verdadeira pedra de toque para o que pretendemos discutir neste capítulo do nosso trabalho: quais os direitos que se constituem na esfera jurídica do produtor/empresário de espectáculos que seja parte num contrato de representação cénica.

Retomando a questão da noção deste tipo de contrato, dissemos que aquele Art.º 109º n.º 1 nos fornecia os elementos de onde se pode retirar a mesma noção. Os elementos que encontramos neste mesmo preceito são os sujeitos e o objecto do contrato de representação cénica.

Os sujeitos de um contrato são as pessoas jurídicas que assumem a posição de partes, com interesses diferentes mas convergentes, no âmbito de uma relação jurídico-negocial e quanto às quais é, por vezes, para efeitos de qualificação do tipo de contrato, exigido que detenham certas características ou qualidades ou que se encontrem

em certas circunstâncias juridicamente relevantes, para que possam ser partes naqueles mesmos negócios jurídicos.

No caso aqui em apreço temos como sujeitos do contrato de representação cénica o autor, por um lado, e o empresário cuja actividade inclui a representação cénica de obras, por outro.

No que respeita ao autor, diga-se, desde já que, em vez deste, podemos ter, na mesma posição contratual, aqueles que, não sendo os criadores intelectuais da obra a representar, exercem, em representação daquele criador ou em nome próprio (em virtude de aquisição anterior do direito - nomeadamente, nos termos do Art.ºs 40º e segs. do CDADC), legitimamente, o conteúdo do direito patrimonial de autor que lhes permite autorizar a representação cénica da criação em causa. Assim, sempre que em sede de análise do contrato de representação cénica se referir o autor, deverá entender-se, salvo indicação em contrário, o legítimo titular do conteúdo patrimonial do direito de autor que permite autorizar a representação cénica da obra.

Já quanto ao empresário este terá de ser o próprio a explorar a representação cénica da criação já que, o tipo de contrato em análise tem vindo, e em nosso entender bem, a ser considerado pela doutrina como *intuito personae*⁷⁹ no que respeita à pessoa (singular ou

⁷⁹ Neste sentido Cf. **Maurizio Ammendola**, *Rappresentazione e esecuzione (contratto di)*, Annali Italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo, Anno I, 1992, Guiffre Editore, Milão 1993, pp. 171 e 172, e **De Sanctis e Fabiani**, *op. cit.*, p. 179; em sentido contrário **Luis Felipe Rogel Sanchez**, *op. cit.*, pp. 20 a 22. Podemos aqui equacionar se o contrato de representação cénica não será, de igual modo, *intuito personae* quanto à pessoa do autor: se a obra a representar é já existente o contrato de representação cénica pode ser *intuito personae* ou não, conforme a decisão do empresário contratar tenha como fundamento apenas o facto de aquele ser o titular do direito de autor sobre a obra ou, antes, pelo facto do exercício dos direitos que advêm da celebração de um contrato deste tipo para o criador, previstos no Art.º 113º do CDADC e que incluem, entre outros, os direitos de escolher o resto da equipa criativa e elenco ou de colaborar na encenação, ser motivo determinante da sua selecção, já que o empresário vê nestas contribuições um interesse próprio a prosseguir em prol do resultado que pretende com a representação

colectiva) do empresário. Para além desta consideração doutrinária, o próprio Art.º 118º do CDADC prevê, expressamente, que o empresário que adquire o direito a representar a obra não o pode transmitir, assim como quaisquer direitos decorrentes do contrato de representação cénica, a terceiros sem o consentimento do autor. No entanto, nada impede que o direito de representar determinada obra caiba a mais do que a uma entidade, como ocorre nos casos em que são celebrados contratos de co-produção de espectáculos, caso em que o autor autoriza todas as entidades envolvidas a explorar economicamente a representação cénica da obra, ou ainda nos casos em que, dentro das formas de exploração da obra é autorizada pelo autor a comercialização do espectáculo pelo empresário, para que esta seja apresentada por uma terceira entidade, mas esta é uma questão que estudaremos pormenorizadamente mais adiante quando analisarmos os direitos que decorrem, para o produtor do espectáculo, do contrato de representação cénica.

Temos, assim, os sujeitos deste contrato: por um lado, o legítimo titular do direito patrimonial de autor, ou de algumas das faculdades que integram este conteúdo que lhe permita autorizar a representação cénica da mesma, e, por outro lado, um empresário, na acepção que já acima estudámos, que pretende explorar a representação pública dessa obra.

Mas naquele mesmo Art.º 109º encontramos ainda o objecto do contrato de representação cénica. O objecto do contrato consiste no bem sobre que incide ou a que se refere o contrato⁸⁰. Lendo o referido preceito parece, à primeira vista, que o objecto do contrato

cénica. Caso a obra não exista já e seja antes encomendada - caso em que, não adquirindo o empresário, originariamente, os direitos patrimoniais de autor sobre a criação, celebrará com o autor, igualmente, contrato de representação cénica -, este contrato será certamente *intuito personae* mas, mais do que isso, esta prestação de criação a executar pelo autor será mesmo infungível.

⁸⁰ Em **Pedro Pais de Vasconcelos**, Contratos Atípicos, Almedina, Coimbra, 2009, p. 142.

de representação cénica é a obra a representar. Podemos até aceitar que este seja o seu objecto mediato, na medida em que certamente a obra é o bem intelectual sobre o qual o contrato disciplina a utilização que da mesma será efectuada, no entanto, o seu objecto imediato será a faculdade de representar a obra (tal como descrita no Art.º 107º acima transcrito), enquanto conteúdo do direito patrimonial de autor cujo exercício é cedido e regulado por efeitos do contrato.

Defendemos esta dicotomia de análise porquanto a disciplina legal deste tipo de contrato incide essencialmente sobre as regras que definem o modo de funcionamento da relação entre autor e empresário na preparação, execução e apresentação da obra sob a forma de representação, incidindo, enfim, sobre os direitos e deveres das partes na forma como a obra é utilizada, aplicada e explorada. Assim, estamos com alguns autores italianos que sustentam ser o objecto deste contrato, assim como dos contratos de recitação ou execução, a faculdade de utilização da obra⁸¹ para efeitos de representação cénica.

Não queremos terminar esta abordagem introdutória ao contrato de representação cénica sem identificar a causa-função deste tipo de contrato. Enquanto causa objectiva, isto é, enquanto função económico-social retirada do conteúdo do contrato, a causa-função do contrato de representação cénica mostrar-se-á muitíssimo

⁸¹ **Maurizio Ammendola**, *Rappresentazione e esecuzione (contratto di)...*, p. 165: “*Il negozio a dunque con oggetto la facoltà (rientrante nel diritto patrimoniale d'autore) che l'art. 15. 1 aut. espressamente riconosce al creatore di un opera dell'ingegno. In particolare la rappresentazione è una forma di comunicazione dell'opera, che viene portata direttamente a consocenza del pubblico con l'ausilio di un'attività in interpretazione ed attraverso un'azione cénica*”. Ou em **Vittorio M. De Sanctis e Mario Fabiani**, *op. cit.*, p. 208, sobre o contrato de execução mas que demonstra o critério usado por estes autores na identificação do objecto deste tipo de contrato e que não pode, no contrato de representação cénica, passar a ser a própria obra ou outro diferente desta faculdade, sob pena de inevitável incoerência científica atenta a proximidade entre estes dois contratos: “*Oggetto del contratto di esecuzione è l'utilizzazione in pubblico di opere musicali (...)*”.

relevante para a análise que faremos da justificação ontológica dos direitos que avaliaremos pertencerem ou não, e em que medida, ao produtor de espectáculos, pois é critério que sempre permite compreender o equilíbrio económico ou de interesses entre as partes.

No contrato de representação cénica a causa-função é, parece-nos, tão somente, a de facultar a exploração de determinada obra protegida pelo direito de autor, pela sua comunicação ao público, através da representação (tal como esta é entendida e nos termos do Art.º 107º do CDADC). Nas palavras de De Santis e Fabiani o regime deste tipo de contrato “(...) comportano l’esplicazione di attività di spettacolo in publico ed aventi el oggetto d’utilizzazione di opere che hanno come vocazione quella di essere comunicate attraverso una loro realizzazione interpretativa”⁸². E esta é uma causa função que se verifica em relação a ambas as partes já que não só o empresário passa a poder explorar a obra representada, como o autor, através da retribuição prevista no contrato, explora, enquanto titular daquele direito sobre a obra, a sua capacidade de gozo e de exercício ao cedê-lo a terceiros para aqueles efeitos concretos de representação. Como veremos adiante, quando nos debruçarmos um pouco mais sobre o conteúdo e a disciplina legal deste tipo de contrato, a posição contratual do autor não é de todo distante ou apartada da concreta utilização que se faz da obra, sendo, antes, um elemento activo e participante na forma como a obra é preparada e, depois, apresentada, aquando da sua representação, pelo que a exploração sob esta forma é relevante para o autor não só do ponto de vista patrimonial mas também do ponto de vista pessoal, enquanto criador intelectual da obra que chegará ao conhecimento dos espectadores pela forma da representação cénica.

⁸² *Op. cit.*, p. 186.

2. A DISCIPLINA LEGAL DO CONTRATO DE REPRESENTAÇÃO CÉNICA: A POSIÇÃO DO AUTOR

A disciplina do contrato de representação cénica constante do nosso CDADC (Art.ºs 107º e segs.) foi concebida com a preocupação essencial de proteger o autor. Para além da previsão da contrapartida de retribuição do autor pela autorização concedida para representação da obra (Art.º 110º do CDADC), aquele conjunto de normas prevê uma série de poderes na esfera jurídica do autor que versam sobre o modo como a obra é aplicada na representação propriamente dita⁸³.

Tais poderes encontram-se consignados no Art.º 113º daquele Código e são geralmente entendidos, e bem, a nosso ver, como decorrendo do conteúdo moral do direito de autor, uma vez que visam, essencialmente, garantir a integridade e genuinidade da obra⁸⁴. Mas para melhor fundamentarmos a defesa desta posição cumpre elencar os aludidos poderes, sendo que aqui não poderemos, para melhor

⁸³ Aliás, se verificarmos pelas epígrafes dos preceitos que regulam os direitos e obrigações das partes, encontramos no Art.º 113º a expressão *Direitos do Autor* e no Art.º 115º a expressão *Obrigações do Empresário* sem encontrar um vice-versa, isto é, um artigo com os deveres do autor e um outro com os direitos do empresário o que demonstra a intenção do legislador de, acima de tudo, regular de forma proteccionista a posição do autor. Também na legislação espanhola se encontra este ponto de partida da posição do autor. **Luis Felipe Rogel Sanchez**, afirma, *op. cit.*, p. 123 “*El Texto refundido non dedica un precepto específico a regular y enumerar los derechos del empresario cesionario, lo cual es lógico. Sabido es que la normativa reguladora de la propiedad intelectual busca fundamentalmente la protección de los derechos del autor y de los demás creadores.*”

⁸⁴ Para **Alberto Sá e Mello**, O Direito Pessoal de Autor no Ordenamento Jurídico Português, Temas de Direito de Autor, Sociedade Portuguesa de Autores, Lisboa, 1989, pp. 128 a 130, “(...) os poderes compreendidos neste direito [à integridade da obra] englobam duas vertentes: uma, representada pela faculdade de autorizar modificações na obra por terceiro; a outra, pelo direito de oposição «a toda e qualquer» mutilação, deformação ou outra modificação na obra (estes últimos os poderes que integram o direito à integridade e genuinidade da obra em sentido restrito)”. O autor esclarece que a expressão “a toda e qualquer mutilação” prevista no Art.º 56º, n.º 1 do CDADC tem de ser entendida sempre como dependente da verificação dos danos previstos no mesmo preceito *in fine*, isto é, enquanto acto apto a desvirtuar a obra e a afectar a honra e reputação do autor.

enquadramento e compreensão do texto, deixar de reproduzir o que consta da lei. Assim, cabem ao autor, nos termos daquele preceito, os direitos:

(...)

1 -(...)

- a) *De introduzir na obra, independentemente do consentimento da outra parte, as alterações que julgar necessárias, contanto que não prejudiquem a sua estrutura geral, não diminuam o seu interesse dramático ou espectacular nem prejudiquem a programação dos ensaios e da representação;*
- b) *De ser ouvido sobre a distribuição dos papéis;*
- c) *De assistir aos ensaios e fazer as necessárias indicações quanto à interpretação e encenação;*
- d) *De ser ouvido sobre a escolha dos colaboradores da realização artística da obra;*
- e) *De se opor à exibição enquanto não considerar suficientemente ensaiado o espectáculo, não podendo, porém, abusar desta faculdade e protelar injustificadamente a exibição, caso em que responde por perdas e danos;*
- f) *De fiscalizar o espectáculo, por si ou por representante, para o que tanto um como o outro têm livre acesso ao local durante a representação.*

2 - Se tiver sido convencionado no contrato que a representação da obra seja confiada a determinados actores ou executantes, a substituição destes só poderá fazer-se por acordo dos outorgantes.

Estes são poderes que, como dissemos, preconizam, essencialmente a salvaguarda do conteúdo pessoal do direito de autor⁸⁵ na medida em

⁸⁵ Considerando estes poderes como salvaguarda, de igual modo, do conteúdo patrimonial do direito de autor encontramos **De Sanctis e Fabiani**, *op. cit.*, p. 196, na medida em que a garantia da qualidade da representação tutela também o seu grau de sucesso, assim revelando a sua capacidade de gerar maior receita. No mesmo sentido **Maurizio Ammendola**, *op. cit.*, p. 178. Queremos deixar claro que concordamos com esta posição, como veremos, o reflexo patrimonial dos mesmos

que visam que a obra seja representada com pleno respeito pela vontade do autor, isto porque, não podemos esquecer que, como refere Alberto Sá e Mello, sobre as “(...) *virtudes da obra ele [o autor] é o primeiro e mais definitivo dos juízes, pois que decide soberanamente da sua divulgação.*”⁸⁶ Assim como Luiz Franciso Rebello afirma que estes direitos pretendem assegurar que a representação da obra “(...) *exprima a personalidade e o pensamento do seu autor.*”⁸⁷

Os poderes que vimos elencados acima são poderes que visam, sem dúvida, conferir ao autor formas de garantir e de se assegurar que a obra será representada nas condições que este anseia. Poder condicionar a escolha do elenco e da distribuição dos papéis entre os seus membros, assim como da demais equipa criativa (cenógrafo, figurinista, desenhador de luz, e mais importante, encenador), garante que a obra será veiculada por actores, cantores ou bailarinos com a qualidade esperada pelo autor, que a transmitirão de forma fiel à sua vontade, assim como que as restantes componentes criativas envolvidas na apresentação da obra ao público adoptarão o respeito, a coerência e a integração harmoniosa que este deseja para a representação da sua obra.

Poder assistir aos ensaios, bem como dar indicações sobre interpretação e encenação, e determinar quando a representação está ensaiada o suficiente para poder ser apresentada ao público assegura a mesma exigência de preparação, qualidade e fidelidade à intenção do autor. Para salvaguardar estes valores pode o autor introduzir alterações na obra por forma a que esta mantenha, sob a forma de representação, o sentido que o autor pretende.

mostrar-se-á relevante quando concluirmos sobre os sujeitos que podem exercer estes direitos.

⁸⁶ Alberto Sá e Mello, O Direito Pessoal de Autor..., p. 130.

⁸⁷ Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos Anotado, Editora Âncora, 3ª Edição, Lisboa, Dezembro de 2002, em anotação ao Art.º 113º.

Por último, a possibilidade de fiscalizar a representação durante a sua efectiva apresentação ao público atribui ao autor a possibilidade de assegurar a continuidade das condições que determinou ao longo do processo de produção e ensaio da peça, nomeadamente através do exercício dos poderes acima descritos, e que significavam para o autor os termos necessários à adequada comunicação da sua obra por este meio – da representação cénica. São, assim, poderes que claramente procuram conferir ao autor todos os meios necessários à manutenção da integridade da obra aquando da sua aplicação a esta forma de comunicação pública – integrada num jogo cénico.

Curioso é, no entanto, que o corpo do n.º 1 daquele preceito preveja que esses mesmos direitos conferidos ao autor possam ser afastados por vontade da partes (neste corpo normativo lê-se: *Do contrato de representação derivam para o autor, salvo estipulação em contrário, os seguintes direitos: (...)*). Ora, esta possibilidade de afastar direitos que a lei consagra ao autor não é, em nosso entender, suficiente para negar a qualificação dos mesmos como corolários do direito moral de autor, na medida em que, não existindo, não equivalem à renúncia à integridade da obra, tal como este valor é concebido, enquanto conteúdo do direito moral, equivalendo apenas a prescindir de certas ferramentas de controle prévio dessa integridade. É comumente aceite na doutrina que embora o conteúdo do direito pessoal de autor seja irrenunciável e inalienável (Art.º 56º, n.º 2 do CDADC), ao autor é reconhecido o direito a limitar-se no seu exercício⁸⁸. Ora, prescindindo o autor de usar os poderes que o Art.º 113º já

⁸⁸ Veja-se **José Alberto Vieira**, A Estrutura do Direito de Autor no Ordenamento Jurídico Português, Edição da Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1992, pp. 34 e 35, que afirma que, não obstante o direito pessoal de autor ser irrenunciável e inalienável o criador intelectual tem na sua disponibilidade a faculdade de lhe criar algumas limitações, aditando que “(...) o criador intelectual poderá ficar adstrito a (...) exercê-lo [ao conteúdo pessoal do direito de autor] de certo modo, em dado contexto relacional.”

mencionado prevê estará, tão só, a limitar legitimamente o modo como pretende exercer os seus direitos à integridade e genuidade da obra, sem com isto renunciar a eles. O que significa que caso a obra seja modificada para efeitos de representação por forma a desvirtuá-la e a por em causa a honra e reputação do autor, este manterá o direito a accionar os meios legais e judiciais que teria ao seu alcance para garantir o respeito pela integridade da obra como se não tivesse prescindido dos poderes previstos naquele Art.º 113º.

Na verdade, entendemos que estes poderes embora corolários do direito pessoal de autor integram propriamente esse conteúdo pessoal, mas tratam-se de poderes acessórios aos quais a irrenunciabilidade e a inalienabilidade não são aplicáveis.

Encontrando-nos perante poderes relacionados com o exercício de um direito integrante do conteúdo pessoal de autor, cumpre equacionar se os mesmos poderão ser exercidos por quem seja titular do conteúdo patrimonial do direito de autor sobre a obra mas que não seja, simultaneamente, o seu criador intelectual.

No nosso entender a resposta deverá ser positiva. Relembramos que estes poderes acessórios podem não ser exercidos pelo autor, podendo mesmo ser afastados pela vontade das partes, cabendo, neste caso, ao empresário por si ou através dos criativos que contrata, controlar a qualidade da obra e certificar-se de que a sua integridade é respeitada, quando escolhe o elenco, determina a distribuição de papéis ou controla o andamento dos ensaios.

Fá-lo no desenvolvimento do processo produtivo próprio de angariação e aplicação de meios necessários à representação cénica da obra, como corolário de um exercício do direito patrimonial que está autorizado a explorar e que se pretende que tenha um resultado da melhor qualidade possível. Assim, para nós, apesar dos poderes

previstos no Art.º 113º terem um fundamento baseado no conteúdo moral do direito de autor, não só entendemos que os mesmos se tratam de poderes acessórios, como dissemos concordar (ver nossa nota 85) com a tese que defende que estes poderes têm, de igual modo, uma função de tutela do conteúdo patrimonial do direito de autor. Destarte, não sendo o contrato de representação cénica celebrado com o criador intelectual da obra mas com um titular a título derivado, caber-lhe-ão, ainda assim, os direitos previstos naquele Art.º 113º. Apenas entendemos que assim não seja quando está em causa um sociedade de gestão colectiva de direitos, atendendo ao carácter distante e meramente institucional com que estas se relacionam com os seus representados. Para além disto, entendemos também que nada impede que, por efeito do contrato, as partes prevejam que, embora o cedente titular do direito de representação cénica da obra não seja o seu criador intelectual, estando aquele criador disponível para o fazer, este possa, querendo, ou deva, conforme o que for pactuado, exercer aqueles mesmos poderes.

Tendo-nos sempre referido às faculdades previstas neste Art.º 113º como direitos ou poderes do autor parece que os mesmos não constituem verdadeiros poderes-deveres deste.

Embora, na opinião de De Sanctis e Fabiano, esta vigilância sobre a preparação da representação tenha um particular relevo para o empresário no caso de obra em primeira apresentação⁸⁹, a verdade é que, de acordo com a redacção legal não parece recair sobre o autor qualquer obrigação de prestar a colaboração aí prevista, pelo que esta não parece constituir qualquer obrigação deste. Estamos,

⁸⁹ **Vittorio M. De Sanctis e Mario Fabiani**, *op. cit.*, p. 197. Lê-se aqui: “*Considerato il comune interesse dell'autore e del concessionário al successo dell'opera, pottreba ritenersi che l'autore abbia non solo un diritto, mas altresì un dovere a seguir la realizzazione interpretativa dell'opera(...)*”. Cfr., em sentido contrário, **Maurizio Ammendola**, *op. cit.*, p. 182.

contudo, com aqueles autores, no sentido de entender que, caso o empresário tenha dúvidas atendíveis sobre a aplicação da obra e solicite auxílio ao autor por forma a garantir a integridade da obra, o juízo valorativo que é atribuído no ordenamento jurídico português à imodificabilidade da obra sem consentimento do autor aconselha a que a única interpretação justa e razoável conclua pela obrigação de colaboração do autor. Recorrendo à interpretação sistemática do ordenamento jurídico tanto o valor essencial atribuído à integridade da obra, como a causa-função do contrato, a saber, a de facultar a exploração de determinada obra protegida pelo direito de autor, pela sua comunicação ao público, através da representação (tal como esta é entendida e nos termos do Art.º 107º do CDADC) conduzem à, em nossa opinião, única conclusão tecnicamente correcta, que é a de entender que o autor está adstrito à colaboração com o empresário no sentido de garantir a representação da obra com respeito pela respectiva integridade.

Encontramos no CDADC, nos Art.ºs 114º e 116º, normas que visam proteger os interesses do autor, interesses esses ainda enquadráveis do conteúdo pessoal do direito de autor.

No primeiro caso, se porventura, por decisão judicial, for determinada a supressão de parte da obra que o autor entenda que compromete ou desvirtua o sentido da obra, este terá o direito a resolver o contrato de representação cénica sem que, por esse facto, incorra em qualquer responsabilidade, o mesmo é dizer, sem que este se constitua na obrigação indemnizar o empresário pela resolução do contrato com este fundamento. Este regime difere do previsto no Art.º 62º do mesmo Código, no qual se prevê que o direito de retirada fará o autor que o exercer incorrer na obrigação de indemnizar as entidades lesadas por essa retirada, por regra, aqueles que detinham direitos de exploração económica da obra. Uma defesa possível para esta diferença de regime é a que consiste em afirmar que no caso do

Art.º 114º o que está na base da retirada da obra para efeitos de representação cénica não é uma decisão imputável, em primeira mão, ao autor, mas que este é antes “forçado” a tomar a decisão de resolver o contrato, na medida em que decisão de uma autoridade judicial provoca um resultado que a ordem jurídica portuguesa prevê que o autor pode evitar no exercício do seu direito pessoal de autor, isto é o desvirtuar da obra⁹⁰.

Cumpramos aqui ressaltar que, então, apenas quando a supressão de passos da obra não decorra de culpa do autor se deve manter o regime do Art.º 114º, o que significa que, caso se venha a constatar que a supressão judicialmente ordenada decorre de facto ilícito praticado pelo criador, nomeadamente por inclusão na obra a representar de parte de obra de outrem, sem autorização deste ou tomando a mesma como sua, isto é, praticando a usurpação ou contrafacção (Art.ºs 195º e 196º do CDADC), o dever de indemnizar o empresário se mantém. Defendemos que, nesta hipótese, terá, aliás, o empresário o direito a resolver o contrato de representação cénica, nos termos das regras gerais de direito, por incumprimento (Art.ºs 432º e 798º do CC), e do Art.º 120º do CDADC, já que, a causa da impossibilidade de representação da obra decorre de facto imputável ao criador intelectual que, com o seu comportamento culposos deu origem à decisão judicial de supressão de passos da obra que levou o autor a não pretender a sua representação sem aquela parcela. Adite-se, no entanto, que, nos casos de usurpação ou contrafacção considerados acima, parece, a resolução é sempre possível ao empresário comprovados que estejam estes comportamentos, mesmo antes de qualquer exercício de resolução contratual por parte do autor nos termos do Art.º 114º do CDADC.

⁹⁰ Cf. **Oliveira Ascensão**, *Direito de Autor e Direitos Conexos...*, p. 175.

Já o Art.º 116º do mesmo Código tutela o direito ao inédito, direito este também de natureza pessoal, que consiste no poder exclusivo do autor de não divulgar a obra, ou de a divulgar apenas no momento e na forma por si definidos⁹¹. Assim, o contrato de representação cénica, enquanto acto pelo qual o autor autoriza a comunicação da obra ao público através da representação, consiste numa declaração de vontade de por termo ao inédito. No entanto, porque faz parte do conteúdo deste direito pessoal definir os termos em que a obra é divulgada e em coerência com o direito que o autor tem de, nos termos do Art.º 113º, n.º 1, al. e) do aludido Código, se opor à representação da obra enquanto não a considerar suficientemente ensaiada, ao empresário é impedida a sua divulgação, por qualquer meio antes da estreia do espectáculo, salvo para fins publicitários, segundo os usos correntes. Entre estes usos, faz parte da *praxis*, antes de se agendar uma qualquer reportagem fotográfica ou videográfica dos ensaios, e independentemente do direito que assiste ao empresário de promover o espectáculo - que, veremos, faz, em nosso entender, parte dos direitos que lhe assistem sobre a representação por efeitos da celebração de um contrato de representação cénica, e portanto para cujo exercício não é exigida nenhuma autorização específica quer dos artistas criativos quer dos intérpretes ou executantes -, se perguntar ao autor da obra literária, musical se a houver e ao encenador, se estes entendem estar a preparação da representação em condições de ser fotografada ou filmada. Como consequência da previsão deste artigo parece-nos, ainda, que caso o empresário tenha adquirido direitos de editar a obra, esta publicação nunca poderá ocorrer antes da estreia, a menos que assim seja expressamente convencionado com o autor.

Por último, o CDADC prevê, como não poderia deixar de ser, o direito do autor à retribuição devida pela autorização para a exploração

⁹¹ **José Alberto Vieira**, A Estrutura do Direito de Autor no Ordenamento Jurídico Português..., p. 12.

económica da obra sob a forma de representação cénica. As modalidades de retribuição previstas no Art.º 110º podem adoptar a forma de quantia global fixa, de percentagem sobre as receitas dos espectáculos, em quantia certa por cada espectáculo ou de qualquer outra forma determinada pelas partes no âmbito da sua liberdade contratual. Quanto a este preceito a questão mais controversa prende-se com a noção de receita do espectáculo quando a forma de retribuição do autor consiste numa percentagem desta. Enquanto os autores, mormente através da Sociedade Portuguesa de Autores, tendem a entender que a receita a considerar é a receita bruta de bilheteira, do lado dos produtores de espectáculos defende-se que deve ser considerada a receita líquida de bilheteira. Na verdade, a lei não clarifica como se encontra o conceito de receita mas o que vem sendo praticado pelas partes toma como referência apenas receita de bilheteira, desconsiderando outras fontes de rendimento como patrocínios ou apoios mecenáticos, porquanto os mesmo são, por regra, angariados para se aplicarem à própria produção, ou apenas porque a lei não menciona o lucro mas a receita.

A discussão fica-se, então, pela noção de receita bruta ou líquida de bilheteira. Os autores reclamam que se deve calcular a percentagem que lhes cabe sobre o conceito de receita bruta por ser discutível o conceito de receita líquida, na medida em que se pode tornar discutível se por receita líquida se entende a receita obtida na bilheteira descontados todos os valores investidos na produção, ou deduzidos apenas os valores desta que serão liquidados a título de impostos (Imposto sobre os Rendimentos das Pessoas Singulares/Imposto sobre os Rendimentos de Pessoas Colectivas e Imposto sobre o Valor Acrescentado ou IVA). Do ponto de vista prático e de acordo com as regras da boa técnica jurídico-contratual é aconselhável que o conceito de receita sobre a qual se calcule a retribuição do autor, e atenta a falta de clareza da lei, fique concretamente definida no contrato. Enquanto em Portugal sabemos

que a Sociedade Portuguesa de Autores aplica, por regra, o conceito de receita bruta⁹² mas aceita por vezes, quando lhe é contra proposto, que o cálculo da percentagem pertencente ao autor seja efectuado sobre a receita líquida, entendendo-se como tal o valor facturado pela venda de bilhetes deduzido o respectivo valor de IVA, em Inglaterra, nas Licenças para Produções Teatrais (*Stage License Agreements*), as quantias a liquidar aos autores a título de *royalties* incidem sobre o conceito de *net box office receipts* considerando-se as quantias recebidas pela bilheteira deduzidas do valor de IVA, mas também de outros valores como comissões de venda pagas a intermediários, incluindo taxas de cartão de crédito⁹³.

Por último, tal como previsto no Art.º 115º do CDADC, o autor é ainda titular dos direitos que correspondem às prestações a que o empresário se encontra adstrito. São estes o direito a que a obra seja representada em determinado prazo (convencionado ou nos prazos supletivos previstos na lei⁹⁴), a que este leve a efeito uma responsável produção, entendendo-se que desenvolve os melhores esforços para que a representação detenha as condições técnicas e artísticas adequadas⁹⁵, a que o seu nome venha identificado em todos os suportes de divulgação do espectáculo.

A terminar digamos que estes direitos e poderes poderão ter como titulares vários sujeitos na medida em que a obra a representar pode ser uma obra em co-autoria, caso em que ao seu exercício são

⁹² **Luiz Francisco Rebello**, Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos Anotado..., em anotação ao Art.º 110º.

⁹³ *Vide* **Leslie E. Cotterell**, *The business and law of entertainment*, 3rd Edition, Sweet and Maxwell, Londres, 1993, p. 446.

⁹⁴ Prazos supletivos previstos no Art.º 115º, n.º 1 do CDADC: um ano contar da celebração do contrato, elevado para dois anos no caso das obras dramático-musicais.

⁹⁵ Daqui se vê que o produtor está obrigado a uma prestação de meios e a uma prestação de resultado. Neste sentido **Luis Felipe Rogel Sanchez**, *op. cit.*, p. 129: “*El cesionario no puede excusarse del incumplimiento alegando que ha realizado con la diligencia exigible los actos preparatorios de la comunicación pública que no se lleva finalmente a efecto.*”

aplicáveis as regras previstas no Art.º 17º do CDADC. Relembremos aqui, a título de curiosidade, o que acima dissemos em 3.3 quanto aos termos previstos na Legge 22 aprile 1941 para a percepção da retribuição devida aos autores de obras dramático-musicais.

3. A DISCIPLINA LEGAL DO CONTRATO DE REPRESENTAÇÃO CÉNICA: A POSIÇÃO DO EMPRESÁRIO

Chegou o momento de analisarmos a posição contratual do empresário/produtor de espectáculos com especial incidência nos direitos que se constituem na sua esfera jurídica pela celebração de um contrato de representação cénica. Fá-lo-emos começando por identificar as formas pelas quais o produtor poderá explorar economicamente a obra.

Pela celebração de um contrato de representação cénica o empresário ou produtor de espectáculos, que de ora avante passaremos a denominar apenas por produtor, adquire o direito a *promover a representação da obra* (Art.º 109º, n.º 1 do CDADC). Para melhor entendermos o conteúdo deste direito dissequemos esta expressão *promover a representação da obra*.

Comecemos por relembrar o conceito de representação previsto no Art.º 107º do CDADC que continha três elementos essenciais como meio de comunicação pública da obra:

- i) A exibição;
- ii) Perante espectadores;
- iii) Através de ficção dramática, canto, dança, música ou outros processos adequados, separadamente ou combinados entre si.

Temos, assim, que ao produtor é lícito comunicar a obra ao público, já que passa a poder exhibi-la. Contudo, essa exibição contém uma exigência muito específica, deve ser feita a um público presente, que assiste ao vivo à sua apresentação. Por outro lado, essa mesma apresentação tem requisitos próprios: deve ser efectuada com recurso aos meios inerentes à actividade cénica, ou como contemporaneamente se apelidada com um anglicismo, à actividade *performativa*. Se quanto à exibição nada mais há a acrescentar, já a apresentação ao público e a actividade cénica merecem que se teçam mais algumas considerações.

Pensamos que o elemento “espectadores” pode ele próprio ser equacionado de forma a definir a forma de exploração a que o produtor tem direito, tanto no que respeita à sua quantidade como à sua qualidade. Embora na lei nada expressamente refira, pode haver espectáculos que não são adequados a grandes quantidades de público e que apresentados em ambientes sem proximidade podem perder parte do seu potencial e do seu efeito cénico. Nestes casos entendemos que a natureza da obra a representar pode condicionar o produtor na medida em que, para preservar a qualidade da representação e, *quiçá*, a integridade da obra, ao produtor pode ser apenas permitida a sua exibição perante um número limitativo de espectadores. Esta regra não tem necessariamente de decorrer do conteúdo do contrato, podendo decorrer apenas da natureza do espectáculo. Um outro elemento que pode ser de considerar prende-se com a qualidade do público ao qual a obra é apresentada. Não nos referimos a qualquer limite etário, já que esse é determinado por critérios estabelecidos na lei⁹⁶ e através da Comissão de Classificação de Espectáculos, mas à tipologia dos espectadores. Vejamos a hipótese de um espectáculo que está a ser comercializado ao público em geral e que o produtor decide, em determinado dia, vender a sala

⁹⁶ Actividade regida pelo Decreto-Lei n.º 396/82, de 21 de Setembro, com a redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 116/83, de 24 de Fevereiro.

a uma empresa para que esta ofereça os ingressos aos seus funcionários e/ou clientes. Neste caso o espectáculo corre os riscos de ter um público que assiste ao mesmo apenas porque lhe foi oferecido bilhete, ou de ter pouco público uma vez que os titulares dos bilhetes não pagaram por estes e podem não estar especialmente dispostos a assistir ao espectáculo. Também, neste caso, entendemos que a alteração da tipologia de público em causa pode consistir num tipo de exploração económica diferente daquela que inicialmente estava prevista já que, em vez de o espectáculo ser apresentado ao público que decididamente o pretende ver e que, previsivelmente, respeitará a apresentação, é comercializado de forma a garantir ao produtor um determinado montante de receita mas sem que a sua comercialização se faça ao público em geral. É certo que esta análise dependerá das circunstâncias do caso concreto, podendo, mesmo, depender, de uma exegese interpretativa das cláusulas concretas do contrato, mas não queríamos deixar de ressaltar estas sub-hipóteses que nos parecem do maior interesse prático-jurídico para o exercício da actividade do produtor de espectáculos.

No que respeita ao elemento “cénico”, isto é, ao facto de inerente ao contrato de representação cénica estar a apresentação pública de uma obra por intermédio de processos próprios “de cena”, a representação cénica distingue-se da recitação e execução precisamente porque nestes dois últimos casos a apresentação da obra não é acompanhada de, nas palavras de De Sanctis e Fabiani, “(...) *azione scenica e dal «gioco scenico»*”;⁹⁷. Esta distinção parece não ser particularmente relevante na medida em que, como veremos mais detalhadamente adiante, o CDADC manda aplicar aos contratos de recitação e execução as normas previstas para o contrato de representação cénica (Art.º 121º, n.º 2), mas adiante discutiremos também se são ou não verdadeiramente relevantes as consequências

⁹⁷ Op. cit., p. 178

para o produtor, da eventual existência de diferentes tipos de contrato e da subsunção dos negócios inerentes aos espectáculos a esta tipologia.

Ainda no que concerne ao elemento cénico do contrato de representação cénica queremos deixar aqui a opinião de que este é elemento determinante no que respeita à relação entre o autor e o produtor, porquanto faz parte integrante da causa-função do contrato o que sempre ajudará o intérprete a encontrar, em caso de dúvida, o equilíbrio pretendido entre as partes face a um objectivo que é inerente a ambas as posições contratuais. Designadamente, se ao produtor se apresentarem dificuldades ao nível da execução cénica de determinada intenção do autor (transmitido através da assistência a ensaios, dando indicações de encenação ou interpretação - Art.º 113º, n.º 1, al. c) do CDADC) poderá aquele impor a estas limitações nas suas intenções face à sua (in)exequibilidade cénica. Mas esta é uma componente negativa deste elemento. Encontramos uma componente positiva quando ao produtor deve ser permitido, apesar daquele mesmo direito do autor, contratar um encenador para desenhar esse mesmo jogo cénico, assim como fornecer mais criações de vária natureza artística, como a cenografia e os figurinos ou o desenho de luz, para compor a apresentação performativa, sob a forma composta de verdadeiro espectáculo, enquanto representação ficcionada, mas de qualidade, da obra.

Cabe, ainda, ao produtor promover essa representação⁹⁸. Para nós, esta promoção divide-se em três poderes:

- a) Produzir – preparar a representação, técnica e artisticamente;
- b) Publicitar;
- c) Perceber as receitas que a representação gerar.

⁹⁸ É, na verdade, um poder-dever, nos termos do Art.º 109º, n.º 2 do CDADC.

Para produzir cabe ao produtor o poder de decidir, sempre sem prejuízo dos poderes do autor previstos nos preceitos que integram a disciplina do contrato em análise, que meios técnicos, humanos e artísticos adquirir, e ainda como e quando aplicá-los face aos recursos materiais e financeiros de que dispõe, cabe-lhe assim gerir o processo em termos de tempo, espaço e quantidades, com princípios racionais e equilibrados face aos recursos de que dispõe.

Para publicitar o espectáculo, por forma a aliciar o público a assistir, cabe ao produtor o direito de usar excertos da obra e do seu estado de preparação, promovendo cobertura jornalística e ainda contratando meios de divulgação, inserindo anúncios na imprensa escrita, comunicando através de meios de radiodifusão, ou de afixações em locais públicos ou estabelecimentos comerciais, desde que para o efeito esteja devidamente autorizado pelas respectivas entidades competentes ou proprietários.

Aqui nem chegamos a ter de recorrer a uma interpretação funcional, na medida em que entendemos que a expressão *promover a representação da obra* integra, para além do mais aqui descrito, na sua letra, essa faculdade. Aliás, contribui, ainda, para esta conclusão a redacção do Art.º 116º do CDADC que prevê a possibilidade de se publicitar obra inédita, o que, por maioria de razão, leva a concluir que se quem pode o mais pode o menos, uma obra que não esteja nesta condição poderá, de igual modo e mais evidentemente, ser publicitada. Uma das questões que se costuma prender com a publicidade de um espectáculo é a sua imagem e tem sido forma unívoca de relação entre as partes a de reconhecer ao autor o direito de conhecer previamente a imagem de cartaz, e que depois servirá os demais suportes materiais estáticos, e de ser consultado sobre a mesma.

Quanto à percepção de receitas, temos, desde logo, a apropriação dos valores de compra de bilhetes, mas, de igual modo, dos valores que a título de patrocínio ou mecenato sejam atribuídos ao produtor para efeitos de produção do espectáculo, bem como da venda de programas ou outro material relacionado com este, sendo que, em caso de produção de *merchandising* pode vir a mostrar-se necessária autorização autónoma e diferente da autorização para representação cénica na medida em que partes da obra estejam integradas nestes materiais. Da mesma forma, a edição da obra em suporte de papel, fonográfico ou videográfico necessitam, sem sombra de dúvida de autorização específica, não se considerando a autorização dada para a representação cénica como integrando autorização para estes tipos de exploração. Relembramos que o objecto deste tipo de contrato consiste apenas na forma de utilização pela exibição pública da obra, perante espectadores presentes face a uma apresentação ao vivo, isto é, enquanto os artistas interpretam a obra.

Uma sub-hipótese relacionada com esta percepção de receitas prende-se com a diferença entre a entidade parte no contrato de representação cénica e a entidade que apresenta o espectáculo. Vamos supor que determinado coreógrafo autoriza a produção de um espectáculo a uma entidade com a qual celebra um contrato de representação cénica. Esta entidade apresenta o espectáculo em sala de espectáculos própria, mas, mais tarde, surge a hipótese de a mesma apresentar o espectáculo noutra cidade do País, territorialmente, dentro do espaço geográfico para o qual a autorização fora concedida. Ora, nesta hipótese, o autor sabe que o produtor em causa não possui sob sua gestão outra sala de espectáculos que não aquele onde baseia a sua actividade. Logo, quando autoriza a representação da obra noutros locais sabe que este precisa de negociar, com quem gira recintos de espectáculos, a sua apresentação. No âmbito destas negociações, três situações tipo se apresentam: i) aquela em que a entidade terceira e gestora do espaço

paga um preço global pela apresentação do espectáculo, fazendo sua a receita de bilheteira e assumindo, assim, a identidade de entidade apresentante do espectáculo; ii) aquela em que a entidade terceira negoceia partilhar a receita de bilheteira com a entidade produtora; iii) e aquela em que é esta produtora que paga a utilização da sala aparecendo como entidade apresentante, fazendo integralmente sua a receita de bilheteira. Desde logo, digamos que esta terceira hipótese não apresenta qualquer problema já que a entidade apresentante e exploradora da representação cénica da obra é a mesma entidade produtora. Quanto às duas outras modalidades, uma vez que a entidade gestora do recinto explora a apresentação pública da obra representada, pela percepção de receitas, assim como pode assumir o papel de entidade apresentante coloca-se a dúvida de saber se, nos termos do Art.º 118º do CDADC, se mostra necessário consentimento específico do autor.

A resposta a esta questão encontrar-se-ia, em primeira mão, nos termos do contrato, mas havendo dúvidas quanto à sua interpretação, caso que nos interessa pois estando a resposta no contrato não haveriam dúvidas a esclarecer, cumpre equacionar vários factores para encontrar a resposta que procuramos.

Já atrás mencionámos o carácter *intuitu personae* do contrato de representação cénica quanto à entidade produtora. Contudo, as razões que justificam esta qualificação prendem-se, principalmente, com o prestígio entretanto adquirido por esta quanto à actividade de produção propriamente dita, isto é, quanto à confiança gerada no autor no que respeita à sua capacidade de preparar e apresentar, adequadamente, a representação. De qualquer modo, poderia parecer, à primeira vista, que apenas o disposto naquele Art.º 118º, que impede o produtor de transmitir os direitos emergentes do contrato de representação cénica a terceiros sem o consentimento do autor, impediria estes dois modelos de negócio, já que um dos direitos que

emerge deste tipo de contrato é o de apresentação ao público do espectáculo e a respectiva percepção de receitas dessa mesma apresentação. Mas mais, poder-se-ia dizer que, mesmo que o espectáculo fosse apresentado sob o regime de entrada livre (caso a forma de retribuição do autor prevista no contrato o permitisse), ainda assim, a natureza *intuitu personae* deste tipo de contrato exigiria o consentimento do autor para que se pudesse apresentar a obra através de outra entidade que não a produtora original do espectáculo.

Contudo, não podemos esquecer a causa-função do contrato: a representação da obra. Assim, nos casos em que o autor autoriza a apresentação da obra com um escopo territorial que sabe que irá obrigar o produtor a negociar condições de realização do espectáculo com outras entidades, uma interpretação funcional desta cláusula que determine o âmbito territorial da autorização, deve conduzir ao entendimento de que, para prosseguir esse mesmo objectivo de representação, deve ser permitido à entidade produtora convencionar com terceiras entidades formas de exploração derivada do espectáculo, sob pena de se atribuir ao produtor um direito não completo, caso se entendesse que embora este pudesse apresentar o espectáculo por todo o País, lhe estivessem vedados modelos de negócio baseados nas formas da sua rentabilização.

Uma salvaguarda para o autor é certa: o modelo de negócio que for contratado pelo produtor não pode nunca por em causa a sua retribuição tal como convencionada no contrato de representação cénica. Porém, parece-nos, salvo o devido respeito por opinião contrária, demasiado formal, tocando o injusto, que, a hipótese de a receita de bilheteira ser percebida só pela entidade produtora ou por esta e pela entidade terceira por forma a compensar, por hipótese, a utilização da sala, seja critério suficiente para decidir que num caso não é necessário o consentimento do autor e noutro sim.

Assim, propomos dois vectores de solução para este dilema: uma interpretação funcional do contrato e restritiva do Art.º 118º do CDADC, no sentido de, nos casos em que a obra se encontra pronta para ser representada, podem ser celebrados negócios entre a entidade produtora e uma entidade terceira que permitam a esta perceber receitas de bilheteira do espectáculo, caso tal se mostre necessário ao exercício do direito do produtor de representar o espectáculo em determinando local; que destes negócios nunca resulte uma retribuição diferente, na quantia e na forma, que o autor receberia caso se tratasse de uma exploração directa e unicamente levada a cabo por si, do espectáculo. Perante estes dois vectores defendemos que ao produtor é legítimo celebrar, sem consentimento prévio expresso do autor, estes tipos de negócio.

Ao produtor assistem, ainda, algumas garantias de exercício destes direitos no confronto com os poderes acessórios reconhecidos pela lei ao autor para a salvaguarda da integridade da obra.

O Art.º 113º, n.º 1, al. a) *in fine* do CDADC dispõe que o autor pode introduzir modificações na obra mas que estas não podem prejudicar a sua estrutura geral, não podendo diminuir o seu interesse dramático ou espectacular nem o plano (calendário) de ensaios e espectáculos, sendo que na al. e), determina que o autor não pode usar do seu direito de se opor à exibição da obra por considerá-la insuficientemente ensaiada, protelando injustificadamente a sua apresentação, sob pena deste incorrer na obrigação de indemnizar o produtor por perdas e danos que este venha a sofrer em consequência deste seu comportamento abusivo.

Ao produtor assiste ainda um direito que, embora não esteja expressamente previsto na lei portuguesa, deve considerar-se-lhe atribuído que é o direito ao pacífico exercício do seu direito de

representação cénica da obra. Este direito ao exercício pacífico da representação cénica da obra conforme convencionada vem expressamente previsto, na legislação espanhola, no Art.º 77º, n.º 2 do Texto Refundido, assim como na lei italiana - art. 137º n.º 2.

No CDADC este princípio não se encontra positivado, mas estamos em crer que deve ser reconhecido ao produtor do espectáculo, também, porquanto, as regras da boa fé entre as partes o impõem. É ponto assente na doutrina⁹⁹ que, entre autor e produtor deve estabelecer-se a máxima colaboração face à boa representação da obra e aos bons resultados desta. E dentro deste direito encontramos, não só, a colaboração ao nível da preparação material da representação, mas também, ao nível da leal concorrência. Maurizio Ammendola chega a afirmar: *“Di regola l'autore rimane libero di sfruttare personalmente o di cedere ad altri le facoltà patrimoniali diverse da quella concessa con il contratto di rappresentazione, stante il principio di indipendenza chiaramente espresso dagli art. 19 e 1191 aut.. Talora l'obbligo di garantir il pacifico godimento della facoltà concessa può tuttavia ostacolare altre forme di utilizzazione della medesima opera.”*¹⁰⁰.

No entanto, estes direitos do produtor conhecem alguns limites: tempo e lugar e ainda o carácter não exclusivo, salvo convenção em contrário (Cf. Art.º 109º CDADC). Daí que seja absolutamente essencial que, uma vez que o contrato de representação cénica é obrigatoriamente reduzido a escrito, o mesmo seja bastante claro e cuidadosamente redigido em função da vontade das partes quanto a estes elementos.

⁹⁹ Vide **Luís Felipe Rogel Sanchez**, *op. cit.*, p. 148 e **Maurizio Ammendola**, *op. cit.*, pp. 176 e 177.

¹⁰⁰ *Op. cit.*, p. 177.

Por último, é reconhecido ao produtor um direito que nos ocupará com alguma profundidade no Capítulo III do nosso trabalho. O Art.º 117º do CDADC prevê que a transmissão por radiodifusão sonora ou visual, a reprodução em fonograma ou videograma, a filmagem ou a exibição do espectáculo, tenham de ser autorizadas não só pelos seus criadores intelectuais (ou, em rigor, das obras que o compõem) e pelos artistas intérpretes ou executantes, mas de igual e independente modo, pelo *empresário*. É, como veremos, em nossa opinião, e respeitando a contrária, a previsão legal do *direito ao espectáculo*. Mas como um dos temas centrais do nosso trabalho não nos alongaremos mais sobre o mesmo por ora, ficando para mais tarde a sua análise e caracterização.

4. TIPOS DE OBRAS NO CONTRATO DE REPRESENTAÇÃO CÉNICA

Agora que temos descrito aquele que nos parece ser o núcleo essencial das regras que compõem o regime jurídico do contrato de representação cénica estamos em condições de melhor delimitar o seu objecto mediato, isto é, sobre que criações intelectuais se pode celebrar este tipo de contratos.

Um primeiro aspecto a ponderar neste âmbito é o que pretende responder à questão de saber se uma obra futura pode ser objecto do contrato de representação cénica. No caso em apreço, o produtor contrataria o autor para que este criasse a obra para aqueles efeitos de representação, tendo como contrapartida o pagamento de uma retribuição.

Estaríamos, aqui, em primeiro lugar perante um obra elaborada por encomenda que no nosso ordenamento jurídico conhece um regime

próprio, nos termos do Art.º 14º do CDADC. Esse mesmo preceito prevê *grosso modo* uma de duas soluções: ou o conteúdo patrimonial do direito de autor se mantém na esfera jurídica do criador intelectual da obra ou se caia, por efeitos do contrato, originariamente, na esfera jurídica do encomendante.

Os contratos que as entidades produtoras de espectáculos celebram para a criação de obras verificam-se nas situações em que se pretende conceber um espectáculo, e ainda quando se trate de adaptação de obra preexistente.¹⁰¹ Assim, podem contratar-se escritores, tradutores¹⁰², encenadores, coreógrafos, compositores, cenógrafos, figurinistas, desenhadores de luz, isto é, o que se tem por hábito chamar de equipa criativa (veremos mais adiante se todos estes criativos podem ser sujeitos, nestas suas qualidades profissionais, de contratos de representação cénica).

Mas analisemos um pouco mais o conteúdo destes contratos: ao artista não é só exigida a criação, sem mais, de uma obra, é antes exigida a criação de uma obra para efeitos de representação cénica. Atento o fim do contrato, este tem de o desenvolver de forma condicionada às necessidades próprias do fim a que a obra se destina – a representação cénica. Esta função integradora de finalidade concretiza-se, ainda, pela necessidade de apoio à implementação da sua obra. Relembramos que estas funções são tidas como direitos do autor, que decorrem do Art.º 113º do CDADC, mas que, a nosso ver,

¹⁰¹ Cf. Art.º 3º, n.º 1, al. a) do CDADC que equipara as adaptações e as traduções a obras originais.

¹⁰² Na lei húngara os tradutores e os autores de adaptações têm um tratamento diferente do que é dado aos autores de obras “verdadeiramente” originais, no que concerne, no contrato de representação cénica, à indemnização que lhes é devida pela não representação do espectáculo, pelo empresário, no prazo devido (2 anos): enquanto este recebe uma compensação calculada sobre 12 sessões, aqueles recebem compensação calculada apenas sobre 6 sessões. Cf. **György Boyth**, *The Hungarian Law – on the rights of authors, performers, phonograms producers, broadcasting organizations and film makers, in a nutshell*, Budapest, 1996, p. 21.

devem ser, de igual modo, previstas contratualmente como deveres do autor, por forma a conferir maior segurança e clareza às condições aplicáveis à colaboração entre as partes, isto sem prejuízo do que acima defendemos quanto ao dever genérico de colaboração do autor face à causa-função do contrato (que inclui o direito do produtor a exigir a sua contribuição e ao exercício pacífico do direito de representação cénica) – ver nossos pontos III. 2 e III. 3. Outros deveres a que o autor pode, e em nosso entender deve, ficar adstrito contratualmente é à participação em reuniões de equipa ou a colaborar na divulgação da representação, nomeadamente dando entrevistas à comunicação social.

A tipificação destes contratos tem passado por uma polémica acesa quanto à sua qualificação como Contrato de Empreitada, mormente na sequência do Acórdão do STJ de 03 de Novembro de 1983¹⁰³ que qualificou um contrato pelo qual a Rádio Televisão Portuguesa contratou uma empresa para produzir uma série televisiva como do tipo previsto nos Art.º 1207º e seguintes do CC. Embora as situações não sejam exactamente idênticas (o que queremos descortinar prende-se com a encomenda de criação de uma obra puramente intelectual e criativa) são semelhantes e justificam algumas palavras sobre esta qualificação.

Assim, resumidamente, duas orientações se apresentam¹⁰⁴: uma primeira, defendida por Ferrer Correia e Henrique Mesquita que seguem a conclusão do Acórdão; uma segunda, defendida por Antunes Varela e Calvão da Silva que se opõem à qualificação de um contrato para a realização de obra intelectual como Contrato de Empreitada.

¹⁰³ Boletim do Ministério da Justiça, n.º 331, pp. 489 e segs.

¹⁰⁴ Sobre esta matéria veja-se **Jorge de Brito Pereira**, *Do conceito de obra no Contrato de Empreitada*, Separata da Revista da Ordem dos Advogados, Ano 54, Vol. II, Lisboa, 1994.

Não temos hipótese de expor todos os argumentos que aquele Ilustres Professores alegam em prol das respectivas posições. Neste âmbito estudámos um trabalho de Jorge de Brito Pereira¹⁰⁵, no qual este conclui - depois de uma completa análise normativa da aplicação do regime jurídico da empreitada, previsto no nosso Código Civil (Art.ºs 1207º e segs.), aos contratos cujo objecto é a criação ou modificação de uma obra intelectual -, pela possibilidade de aplicação a estes contratos do regime jurídico próprio da Empreitada. Através da análise das normas concretas daquele regime, desde a identificação das prestações principais à impossibilidade de cumprimento e risco de perda ou deterioração da obra, passando por questões como a fiscalização do dono de obra, o fornecimento de materiais e utensílios, a propriedade da obra, a subempreitada, as alterações e obras novas ou os defeitos da obra, o autor mencionado verificou que, cada uma das regras, naqueles domínios, eram perfeitamente aplicáveis, mesmo que não estivesse em causa uma obra de natureza corpórea, mas uma obra de natureza intelectual.

Um dos argumentos que afastam a possibilidade de se considerarem contratos de empreitada os contratos cuja *obra* a realizar é *intelectual*, consiste em afirmar que as regras de Direito de Autor, em especial as regras que disciplinam o direito moral de autor - inalienável, irrenunciável e imprescritível (Art.º 56º, n.º 2 do CDADC) -, não são coadunáveis com a regra da transmissão da propriedade plena que consubstancia o efeito translativo previsto no Art.º 1212º do CC (as coisas objecto desta transferência de propriedade já podem ser os resultado de uma obra intelectual, veja-se o caso da arquitectura no qual o projecto é visto como resultado intelectual, sendo o edifício já consensualmente visto como obra objecto de contrato de empreitada).

¹⁰⁵ *Op. cit.*, p. 579.

Perante esta “dificuldade”, defende Jorge de Brito Pereira¹⁰⁶ que o ramo do Direito de Autor tem uma *eficácia reflexa de protecção*, na medida em que esta disciplina a vida da obra *depois* da sua existência, não se dedicando ao *antes*, isto é, ao respectivo processo produtivo.

No entanto, importa relembrar que o CDADC contém a já referida regra específica sobre que direitos se transmitem para o encomendante no caso de obras feitas por encomenda – *vide* Art.º 14º.

Na verdade, há que fazer aqui uma identificação fundamental: quando se encomenda uma obra artística, temos de analisar que objecto tem o contrato, pois um deles é certo: os direitos de autor que incidem sobre a mesma.

Vejamos o caso da encenação ou da coreografia, não há uma coisa corpórea em que se materializem estas criações. Pode até haver uma gravação do espectáculo mas tais fixações constituem um bem *per se*, a que se aplica um regime próprio também previsto no CDADC (Art.º 141º e segs., 176º e segs., na medida em que os videogramas e todos os direitos sobre obras e prestações artísticas fixadas são um bem autónomo com disciplina própria).

Adite-se que, é perfeitamente possível - é aliás, a regra -, que determinada entidade encomende a criação de uma obra mas mais não adquira do que o direito a utilizá-la no espectáculo para que a encomenda, e em determinado período, mantendo-se, assim, na titularidade do respectivo autor os direitos autorais sobre ela, ou mesmo sobre o suporte material da obra, quando este exista.

¹⁰⁶ *Op. cit.*, p. 587

Não parece, assim, que o índice do tipo objecto¹⁰⁷ permita integrar todo o contrato pelo qual se encomende uma obra intelectual como contrato de empreitada, muito menos quando estão em causa as obras que geralmente se encomendam para apresentação de uma peça teatral: encenação, cenografia, coreografia, figurinismo, música ou desenho de luz, que têm uma natureza imaterial e que quando o conteúdo patrimonial do direito de autor não é originariamente adquirido pelo encomendante não efectua qualquer acto verdadeiramente translativo de direitos. Mesmo no caso da música, por regra, os contratos com os compositores não permitem a reutilização das partituras, estando a autorização para o efeito sempre reservada ao editor¹⁰⁸.

Face ao exposto, entendemos que não se pode simplesmente reconduzir um contrato pelo qual uma das partes se obriga perante a sua contraparte a realizar certa obra intelectual mediante um preço ao Contrato de Empreitada. Isto porque, o objecto destes contratos, pelo menos no âmbito que estamos a analisar, vai necessariamente muito para além da obra-resultado como seu objecto, mas abrange também o complexo feixe de direitos de natureza moral e patrimonial do direito de autor.

Na senda de Giorgio di Nova¹⁰⁹ o recurso ao processo tipológico pode conduzir-nos em dois sentidos, um restritivo e um extensivo, sendo que este abre a possibilidade de resposta para além do binómio “sim, é daquele tipo, ou não”, permitindo, no seu sentido extensivo, aplicar a um determinado contrato as regras de mais de um tipo legal.

¹⁰⁷ Sobre o objecto como índice do tipo para efeitos de qualificação tipológica do contrato veja-se **Pedro Pais de Vasconcelos**, *Contratos Atípicos...*, pp. 142 e segs..

¹⁰⁸ Cf. Art.º 75. N.º 2, al. a) do CDADC. Também em **De Sanctis e Fabiani** se lê, *op. cit.*, p. 206: na “*rappresentazione di opere liriche o di opere analoghe vige la prassi del noleggio, da parte dell’editore musicale, di fornire al concessionario o all’impresario, il materiale di orchestra, e, cioè, la partitura, le parti di orchestra, gli spartiti e parti del coro.*”.

¹⁰⁹ *Il Tipo Contrattuale*, Tipicità e Atipicità nei Contratti, Quaderni di Giurisprudenza Commerciale, n.º 53, 1983, pp. 33 e 34.

Assim, no caso das obras criadas para representação cénica, estaremos mais perante um contrato atípico, no entanto, sem que a sua atipicidade seja pura, na medida em que há uma prestação de serviços nominada da lei e que corresponde ao contrato de encomenda de criação de obra intelectual, mas tecnicamente atípico na medida em que não possui um modelo regulativo tendencialmente completo e o tipo contratual de representação cénica¹¹⁰, o que não significa que não se recorra, e para integração do seu conteúdo disciplinador, ao regime do contrato de empreitada.

Questão lateral mas que não queremos deixar de abordar é a de saber se, adquirindo a entidade encomendante e produtora, originariamente, o conteúdo patrimonial do direito de autor, se manterão os direitos do autor previstos no Art.º 113º do Código. Mas esta questão tem, parece-nos, uma resposta simples. Tendo em conta que entendemos, como acima expressa e veementemente defendido, que estes poderes têm uma natureza relacionada com o conteúdo pessoal do direito de autor, mais concretamente com o direito à integridade da obra, somos de pensar que estes se mantêm, a menos que tal seja expressamente afastado por vontade das partes, na medida em que as mesmas não se transmitem ao encomendante e produtor por mero efeito da aquisição originária do direito patrimonial de autor sobre a obra. Assim, mesmo quando há aquisição originária do conteúdo material do direito de autor sobre a obra pela entidade produtora, salvo disposição em contrário, estes direitos, no silêncio do contrato, manter-se-ão na esfera jurídica do criador intelectual da obra.

¹¹⁰ Na medida em que este contrato está expressamente previsto na lei e contém um modelo regulativo tendencialmente completo, ver **Pais de Vasconcelos**, *op. cit.*, p. 368.

Assim, à questão de saber se as obras criadas por encomenda para efeitos de representação cénica *podem* ser objecto de contrato deste tipo a nossa resposta é afirmativa, porquanto defendemos que o contrato pelo qual uma entidade encomenda a um criador ou um conjunto de criadores uma obra para aquele tipo de utilização, sendo regulada em simultâneo, no mesmo instrumento contratual, a autorização para esse efeito a parte que regula esta utilização constitui um verdadeiro contrato de representação cénica.

Caso a entidade encomendante adquira originariamente o conteúdo material do direito de autor pensamos que, embora o contrato possa perder a sua natureza de autorização e sejam afastadas normas nucleares do tipo, como as obrigações de carácter material, quer ao nível da retribuição do autor, quer ao nível da obrigatoriedade de representação, as normas que visam proteger os direitos de natureza pessoal, como os Art.º 113º, 114º ou 116º, que tutelam, os dois primeiros, o direito à integridade da obra e o terceiro, o direito ao inédito, são de aplicação directa, atenta a causa-função do contrato. Não podemos esquecer que, nos termos do Art.º 14º, n.º 4 do CDADC, não dispensa a relevância das utilizações previstas para efeitos de retribuição. Ora uma vez encontradas estas utilizações, quando entre as mesmas se encontre a representação cénica, parece-nos perfeitamente defensável que ao autor sejam aplicáveis as normas típicas da protecção do seu direito moral de autor próprias daquele tipo de utilização já que este se mantém sempre na esfera jurídica do criador intelectual.

Retomando uma nota acima introduzida que salvaguardava a hipótese de não poderem ser celebrados contratos de representação cénica com todos os criativos contratados para a criação de obra a integrar em espectáculo, veremos agora como responder a esta questão.

Temos vindo a fazer uma análise tipológica relacionada com os contratos que se celebrariam com os autores de obras encomendadas para a sua integração num espectáculo. Adite-se que, como se pode observar pela descrição que fizemos dos aspectos jurídicos mais relevantes do contrato de representação cénica, este é um tipo previsto na lei com um modelo regulativo tendencialmente completo, na medida em que aí encontramos previstos os seus elementos essenciais (sujeitos e objecto), que os direitos e obrigações principais e acessórias das partes são aí identificáveis, ou ainda porque aí encontramos regras sobre a extinção do mesmo contrato ou mesmo sobre a forma a que deve obedecer a sua celebração.

Já atrás indicámos, de igual modo, que entendemos existirem dois tipos de objecto do contrato de representação cénica: um objecto mediato – a obra intelectual, e um objecto imediato - a autorização para a utilização da obra sob esta forma. Pela análise do conteúdo obrigacional do contrato de representação cénica concluímos que o objecto mediato deste tipo de contrato tem de o ser de uma obra que vai ser representada, isto é, veiculada ao público através da sua interpretação, melhor dizendo da sua transmissão a espectadores presentes pela sua reprodução por artistas que a executam através das suas capacidades de prestar uma actividade artística pela qual a obra é directa e imediatamente transmitida a quem a recebe.

Assim, temos que ao autor, para ser considerado parte num contrato de execução cénica, é exigida a autoria de obra que vá ser interpretada, veiculada pelos intérpretes, sejam estes actores, cantores, bailarinos ou músicos. Daqui decorre, então, *a contrario sensu*, que autores de obras integradas no espectáculo que não sejam representadas no sentido em que a lei define representação, ou seja, veiculadas até ao público - *por meio de ficção dramática, canto, dança, música ou outros processos adequados, separadamente ou combinados entre si* – mas que ainda assim sirvam aquela

representação, como obras acessórias da representação cénica, que são aí colocadas e até executadas, não deverão ser sujeitos neste tipo de contrato.

De facto, estas obras fazem parte da representação mas não são representadas no verdadeiro e técnico (Art.º 107º CDADC) sentido do termo. O que nos leva ainda a afirmar que obras que, pela sua natureza, não sejam representadas, embora estando presentes na representação e que sirvam de complemento à transmissão das obras verdadeiramente representadas para efeitos de aquisição de espectacularidade, como é o caso dos cenários, dos figurinos, dos desenhos de luz ou do desenho de som, não poderão ser objecto de contrato de representação cénica.

Resta, finalmente, qualificar estes negócios. Os negócios em que o produtor do espectáculo contrata criativos de obras acessórias à obra representada, para integração na apresentação performativa do espectáculo enquanto um todo.

Em nossa opinião estes contratos serão contratos de encomenda e/ou de autorização de utilização de obra, nominados na lei, respectivamente, nos Art.ºs 14º e 41º do CDADC, mas que não têm um modelo regulativo suficientemente completo para se poderem considerar tipificados na lei.

No entanto, atento o fim destes contratos, que em parte é coincidente com o fim do contrato de representação cénica, a saber, a aplicação da obra a um todo que é o espectáculo, poder-se-á recorrer ao regime deste tipo contratual para resolver dúvidas de interpretação ou colmatar lacunas que se verifiquem durante execução destas autorizações para a apresentação pública de obra acessória da representação cénica, isto é, inserida como seu complemento, nomeadamente em sede de retribuição (art.º 110º), de prova de

autorização do autor (Art.º 111º) ou em sede de obrigações do empresário quanto aos esforços para a apresentação das obras nas melhores condições possíveis (Art.º 115º, n.º2).

5. NATUREZA DO CONTRATO DE REPRESENTAÇÃO CÉNICA

O CDADC contém, quanto aos negócios jurídicos, uma Parte Geral que, em princípio, vale para todos os contratos de Direitos de Autor (art.ºs 41º e segs.).

Em todas estas formas de cessão do conteúdo patrimonial do direito de autor encontramos um compromisso voluntário e activo da parte deste de se desapossar do seu direito, garantindo o respeito pelo gozo do terceiro. Daí que sejam pressupostos destes negócios a existência de um bem imaterial – obra – e a titularidade dos direitos a transferir, e o seu efeito comum, o de aquisição de direitos desta natureza, por terceiros.

Na parte geral que regula os negócios jurídicos no CDADC encontramos três formas de desapossamento negocial do autor do conteúdo material do seu direito autoral, a saber, a transmissão, a oneração e a autorização.

A transmissão do conteúdo patrimonial do direito de autor só deve ser assim considerada se for total e definitiva (art.º 44º CDADC), ainda que gratuita. Se o direito derivado se extingue reingressa na esfera jurídica do titular do conteúdo patrimonial do direito de autor e não cai no domínio público (a menos que tenha decorrido o respectivo prazo). A transmissão gera um direito em tudo igual ao direito do titular originário, sendo assim absoluto, com efeitos *erga*

omnes e ultradisponível exactamente nos mesmos termos do direito do titular originário – é o mesmo direito que muda de sujeito.

A oneração pode adoptar as seguintes formas: a transmissão total temporária, a transmissão parcial temporária ou definitiva, ou a forma de oneração *stricto sensu*, ou seja, a constituição de direitos como o usufruto ou o penhor. Na oneração dá-se a constituição de um direito *ex novo* na esfera do titular derivado, de conteúdo idêntico ao que integrava o direito patrimonial genérico do titular originário e que paralisa o respectivo exercício deste enquanto o direito derivado existir. Não procede à extinção do direito na esfera jurídica do autor. A transmissão total temporária, assim como a transmissão parcial, quer temporária quer definitiva constituem verdadeiras onerações na medida em que o que se verifica é uma contracção no direito do titular do conteúdo patrimonial do direito de autor que o impede de o exercer na sua totalidade, cujo conteúdo idêntico ao transmitido lhe fica tolhido. Assim o titular não deixa de o ser em relação ao direito em causa, este permanece na esfera jurídica do mesmo.

A autorização, por sua vez, pode ser exclusiva ou não e atribui um direito autónomo de exploração. Nas autorizações exclusivas encontramos uma excepção à inoponibilidade das licenças. Gera um direito de natureza obrigacional, com efeitos *inter partes* e ultradisponível, tendo como limite os casos previstos na lei e a sua natureza *intuitu personae*.

De todas as hipóteses acima descritas parece que o contrato de representação cénica é um contrato de autorização. Na verdade, o contrato de representação cénica não atribui ao produtor, salvo convenção em contrário, o direito exclusivo da comunicação da obra por esse meio. Assim, consiste em regra num contrato apenas oponível *inter partes* mantendo o autor o direito sobre aquela utilização da obra em simultâneo com o produtor.

Neste sentido encontramos Pierre-Yves Gautier¹¹¹ que afirma simplesmente “*C’est donc un simple «autorisation» (...) c’est à dire la faculté de jouir de la pièce, ou de la comédie musicale, ou de l’opéra, dans des conditions déterminées, pour telle période ou tant de représentations (...) le contrat « ne confère á l’entrepreneur de spectacles aucun monopole d’exploitation»*”, assim como, entre nós, António de Macedo Vitorino¹¹² declara que os contratos de representação, recitação e execução “*(...) constituem uma autorização de uso de faculdades de aproveitamento económico de coisa incorpórea (ainda que não tenham fim lucrativo, cf. arts. 108º/1 e 121º/2), a qual não é exclusiva (art. 109º/2); (...) estes constituem licenças simples (...)*”. E para terminar, também para De Sanctis e Fabiani se trata de um acto de autorização o que concluímos da seguinte afirmação “*(...) i contratti in esame non hanno effetti traslativi del diritto di rappresentazione o di esecuzione (...) la circostanza che la concessione della facoltà di rappresentare o di eseguire l’opera non sia, di regola, in esclusiva (...) far ritenere che il contratto abbia efficacia obbligatoria, operando, per il carattere della relatività, nei soli rapporti interni tra le parti.*”¹¹³

Acrescente-se, ainda, que o facto do contrato para representação cénica poder ser exclusiva não altera a sua natureza de autorização, na medida em que, sabemos que aquela pode estar limitada territorialmente o que fará com que o direito se mantenha na esfera jurídica do titular com possibilidade de exercício noutro território¹¹⁴.

Concluimos pela integração do tipo de contrato de representação cénica na classe de contratos denominados de autorização.

¹¹¹ *Les droits d l’auteur d’une pièce de Théâtre (Du contrat de représentation)*, Droit et Théâtre, Presses Universitaires de Aix, Marseille, 2003, p. 13.

¹¹² *Op. cit.*, p. 111.

¹¹³ *Op. cit.*, p. 189.

¹¹⁴ António Macedo Vitorino, *op. cit.*, pp. 79 e 80.

6. A REPRESENTAÇÃO CÉNICA, A RECITAÇÃO E A EXECUÇÃO

Para alguns autores é a existência de jogo cénico o que distingue a representação da recitação e da execução¹¹⁵. Podendo ter como objecto o mesmo tipo de obra, dizem De Sanctis e Fabiani que quando a utilização em público da obra musical é acompanhada de um *mise en scène*, de uma encenação, da marcação do tal jogo cénico, haverá representação senão, haverá execução¹¹⁶.

No nosso ordenamento jurídico, para além dos contratos de representação e de execução, o CDADC prevê ainda a hipótese da recitação. Porém, a diferença entre recitação e execução reside apenas no tipo de obra que é comunicada ao público, enquanto na recitação é a apresentação de um obra literária que constitui o objecto de comunicação, na execução será uma obra musical, com ou sem palavras, e, em ambos os casos, interpretadas ao vivo mas sem jogo cénico, ou tratar-se-ia de representação cénica.

O termo execução tem, no entanto, um outro sentido no CDADC que, para além da comunicação pública directa de obras musicais ou literário-musicais - isto é, a sua interpretação face a um público presente que frui o espectáculo de forma imediata e simultânea com aquela comunicação -, consiste nas palavras de Luiz Francisco Rebello, “[...] [na] comunicação pública destas obras sob a forma de gravações (fonogramas ou videogramas)(...)”¹¹⁷. De facto o CDADC manda aplicar nos seus Art.ºs 139º e 147º, à exibição de obra

¹¹⁵ Cf. **Oliveira Ascensão**, Direito de Autor e Direitos Conexos..., p. 284. e, no mesmo sentido, **Maurizio Ammendola**, *op. cit.*, p. 188. Neste lê-se “*L’elemento che distingue l’esecuzione della rappresentazione di un’opera musicale è costituito dall’azione scenica, assente nell’esecuzione e necessaria invece perché si possa parlare di rappresentazione.*”.

¹¹⁶ *Op. cit.*, p. 178.

¹¹⁷ Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos....., em anotação ao Art.º 121º.

cinematográfica, fonográfica ou videográfica, as regras previstas nos Art.ºs 122º e 123º, para a recitação e execução. Por sua vez o Art.º 121º do mesmo Código sob a epígrafe *Equiparação à representação* manda aplicar, em tudo o que não for especialmente previsto nos Art.º 122º e 123º e seja compatível com a natureza da obra e da exibição, o disposto no regime que regula a representação cénica.

Os únicos elementos que são especialmente regulados na secção dedicada à recitação e à execução incidem sobre a forma de publicitar o conteúdo do programa, as obras a comunicar e a identidade do autor, e ainda sobre a responsabilidade que recai sobre o organizador da apresentação pública pela veracidade e cumprimento das afirmações efectuadas quanto ao programa e obras a comunicar que, em caso de inadimplemento, geram a obrigação de indemnizar os autores prejudicados com as diferenças entre o programa e obras anunciadas e as efectivamente executadas (isto é, aqueles autores cujas obras foram executadas publicamente sem prévia autorização da sua parte, ou aqueles que, anunciadas as suas obras, deixaram de as ver executadas, com estas ocorrências podendo os autores sofrer danos materiais e ainda morais pela utilização indevida ou pela não utilização contratada de obras suas). Desta descrição decorre que é muito reduzido o âmbito de aplicação deste “especialmente regulado” para a recitação e para a execução, o que significa que a maior parte das questões, em caso de dúvida, serão resolvidas nos termos do regime do contrato de representação cénica.

Das normas desta secção pensamos que as mais prováveis de se aplicarem aos casos de recitação e execução serão as respeitantes à retribuição dos autores das obras comunicadas, as atinentes às autorizações necessárias no que respeita à prova da sua existência perante a entidade competente para a emissão de licença

administrativa para a realização do espectáculo¹¹⁸, as consequências da representação não autorizada, assim como algumas obrigações do empresário (no caso da recitação e execução denominado promotor que veremos, mais adiante, em que medida coincide ou não com a noção de empresário) mormente aquelas que implicam a garantia de condições técnicas adequadas e de desenvolvimento dos melhores esforços para o bom êxito da apresentação, e ainda as regras relativas à obra inédita. Efectivamente, apenas os direitos concedidos ao autor nos termos do Art.º 113º que decorrem, parece-nos, do facto de a obra a representar poder sofrer uma alteração de ritmo, intensidade, tom ou densidade, próprios da interpretação através de jogo cénico, serão de aplicação mais difícil e menos provável, em virtude de a recitação e execução se caracterizarem pela execução, por mero efeito de aplicação de palavra e/ou música, da obra, tal como esta foi inicialmente criada, estando a margem artística, aqui, no mero modo de recitar, de cantar ou de tocar.

Uma questão que aqui nos interessa particularmente é a que se prende com a já referida diferença de terminologia aplicada à entidade que organiza a apresentação do espectáculo, entre as normas que regem a representação cénica, por um lado, e a recitação e a execução, por outro. Do termo *empresário* usado no âmbito da representação cénica passa a lei a apelidar a figura daquele organizador de *promotor* quando integrado no âmbito da recitação ou da execução. O uso de diferente terminologia neste contexto é, para o nosso trabalho, particularmente relevante, já que encontrámos, acima, uma sinonímia entre empresário e produtor de espectáculos e precisamos de descortinar se a mesma sinonímia se verifica entre promotor e produtor de espectáculos. E este apuramento é tão

¹¹⁸ Esta licença consiste, actualmente, na licença de representação obtida junto da Inspeção Geral das Actividades Culturais e sem a qual nenhum espectáculo público se pode anunciar ou realizar. Esta licença, prevista nos Art.ºs 26º e 27º do Decreto-Lei n.º 315/95, de 28 de Novembro visa, na expressão da próprio diploma garantir a tutela dos direitos de autor e conexos devidos pela representação ou execução.

relevante quanto poderá determinar a atribuição ou não ao promotor de uma recitação ou execução do direito ao espectáculo. Mas concluir ou não por esta atribuição é matéria de discutiremos a fundo no próximo capítulo do nosso trabalho. Por ora, cumpre tecer algumas considerações sobre este conceito de promotor.

Na lei, o conceito de promotor de espectáculo aparece regulado, do ponto de vista administrativo, pelo Decreto-Lei n.º 315/95, de 28 de Novembro, como uma entidade singular ou colectiva que, tendo por objecto a apresentação de espectáculos de natureza artística, se regista nessa qualidade – de promotor de espectáculos -, junto da Inspecção Geral das Actividades Culturais (Art.ºs 24º e seguintes). É este registo que lhe permite obter as obrigatórias licenças de representação para realização dos espectáculos que pretende apresentar. Para além disto, aquele diploma prevê apenas uma obrigação de informação semestral àquela Inspecção dos espectáculos por si realizados. Esta não é, assim, uma positivação que nos ajude a encontrar a resposta que precisamos.

A reposta devemos encontrá-la no *modus operandi* da actividade de preparação para apresentação de espectáculos. Se é certo que, por vezes, a qualidade formal e administrativa do promotor do espectáculo, enquanto entidade registada junto da IGAC, que obtém a licença necessária à apresentação do espectáculo não coincide com a entidade que o prepara e organiza, nomeadamente nos casos em que, por exemplo, a entidade que reúne os meios necessários à sua apresentação não tem sala de espectáculos própria e acaba por ser a entidade proprietária, ou que a outro título gere o recinto onde o mesmo é apresentado, que requer a dita licença, outras vezes, a entidade que obtém a licença e a que adquire o título formal de produtora daquele espectáculo é a mesma que efectivamente o produz.

Em nossa opinião, a pedra de toque da conclusão a que pretendemos chegar prende-se com a mesma problematização colocada aquando da análise do conceito de empresário. Isto porque, mesmo face a espectáculos de recitação e execução, são necessárias actividades de carácter organizativo, de aquisição e de aplicação de recursos humanos, materiais, técnicos e financeiros, de planeamento e de gestão desses mesmos recursos. Considerando que estas entidades, quando o fazem, pretendem apresentar o espectáculo e com este obter um qualquer resultado, quer financeiro quer, no caso de entidades públicas que apresentem espectáculos a título gratuito, de reconhecimento do cumprimento do seu objecto e dos seus fins.

De facto, alguém tem de contratar os artistas, obter as autorizações em sede de direitos de autor sobre a obra a representar ou executar, organizar a informação técnica necessária (documento na gíria intitulado *rider* técnico), garantir o equipamento de som e luz e quem o opere, assim como um espaço de apresentação e, ainda, assim, organizar calendários de ensaios, que por muito simples e curtos que sejam sempre existem nem que sob a forma de testes de som e luz, assim como, em certos casos, se pode justificar a contratação de criativos ao nível do desenho de luz ou figurino, que componham, de alguma forma, a apresentação artística da recitação e da execução e alguém tem de suportar os inerentes custos.

Destarte, em face do exposto, concluímos que, nos casos em que o promotor de espectáculos leva a cabo o investimento e as tarefas de organização, planeamento e gestão de recursos para efeitos de preparação e apresentação de um espectáculo deve ser qualificado como empresário ou produtor de espectáculos. O que nos leva a afirmar que a estes são reconhecidos os mesmos direitos de *promover a recitação e a execução das obras* no sentido que atribuímos a esta expressão quando analisámos o contrato de representação cénica, a saber, o direito de produzir, de divulgar e de perceber as receitas

decorrentes da sua apresentação pública, e ainda, um verdadeiro direito ao espectáculo que passamos a analisar, agora, *per se*.

IV. O DIREITO AO ESPECTÁCULO

A caracterização do direito ao espectáculo é o tema que nos ocupará daqui para a frente. Esta é uma caracterização envolta em inúmeras dúvidas pela escassez de previsão legal existente sobre esta figura.

A sua existência e o seu reconhecimento como vigente no ordenamento jurídico português, o seu fundamento valorativo, enquanto valor que o direito em causa pretende defender e os interesses que pretende tutelar, bem como os dados práticos da sua aplicação, a saber, a quem é atribuído e qual o seu conteúdo, assim como os seus limites e as consequências da sua violação, são elementos que, em nosso entender, merecem uma dedicação atenta, por forma a conferir ao direito ao espectáculo segurança científica na sua aplicação.

O desenvolvimento técnico e tecnológico - que, como atrás referimos, trouxe uma nova paisagem ao direito de propriedade intelectual, com o aparecimento dos direitos conexos dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores de fonogramas e de videogramas, e dos organismos de radiodifusão -, quando passou a permitir a materialização de cópias de bens de propriedade intelectual e um ultra-aproveitamento dos mesmos, colocou um problema ao mundo.

Este desenvolvimento criou, entre outros, um novo objecto, de valor transaccionável, decorrendo a respectiva valia do trabalho de vários agentes que fazem desse *facere* o seu factor principal de produção - dos artistas criativos, dos artistas intérpretes ou executantes, assim como das entidades que produzem os “produtos-eventos” em que estas obras e prestações se materializam para poderem ser economicamente exploradas - os espectáculos.

Curiosamente, o problema do direito ao espectáculo coloca-se, com maior intensidade, na área desportiva. A possibilidade da transmissão televisiva de competições desportivas, como no caso dos jogos de futebol ou, no caso norte-americano, de jogos de basquetebol ou de hóquei no gelo, gerou um novo modelo de negócio, um novo mercado para este produto que é o jogo.

Esta forma de aproveitamento do jogo – a respectiva transmissão televisiva – traz consigo novos consumidores daquele produto: os organismos de radiodifusão que adquirem conteúdos para transmissão, e todo o público e passa a poder assistir ao jogo, num universo numérico e territorial, hoje em dia, incomensuravelmente, maior do que aquele que os lugares do recinto desportivo permitiriam. As entidades organizadoras dos eventos desportivos começaram a ver na difusão dos jogos que produzem um valor negocial, e com razão: caso não lhes fosse possível obter contrapartidas pela radiodifusão dos eventos o que aconteceria seria que, não só o organismo de radiodifusão adquiriria gratuitamente um conteúdo para preencher a sua programação, como passaria a haver uma quantidade de público muito representativa que teria o direito de assistir ao encontro desportivo a custo zero (caso a transmissão fosse efectuada em canal aberto) ou a custo muito reduzido (porque diluído no pagamento do custo global da prestação de serviços por cabo), o que poderia deslocar muitos dos “clientes” das organizações desportivas dos estádios e diminuir-lhes substancialmente as receitas. Mas mesmo que não houvesse fuga representativa de público, nada justifica a possibilidade da aquisição gratuita de conteúdo programático e da assistência gratuita que a radiodifusão originaria.

Esta é uma dinâmica que se aplica, de igual modo, aos espectáculos de natureza, em vez de desportiva, artística. Enquanto os criadores e os intérpretes se encontram indiscutivelmente protegidos na lei

portuguesa face a esta utilização das suas obras e prestações, ali pelo direito de autor, aqui pelos direitos conexos, o produtor de espectáculo, como veremos, encontra-se protegido de forma débil, pela mera previsão, no Art.º 117º do CDADC, de que este deve dar o seu consentimento para qualquer radiodifusão sonora ou visual, reprodução em fonograma ou videograma, filmagem ou exibição da representação cénica. Mas mais não se dispõe sobre este direito, nomeadamente nada se determina quanto à sua duração face a uma duração limitada que os restantes direitos de natureza autoral conhecem.

De seguida dissecaremos este direito ao espectáculo, na tentativa de determinar a sua “biometria”, querendo com isto dizer, encontrando-lhe, desde o seu fundamento teleológico ao seu escopo, e tentaremos propor soluções para o bom resultado dessa busca, sem prejuízo de entendermos ser de disciplinar legalmente, de forma completa, o regime jurídico deste direito, por razões que se prendem com segurança jurídica na sua aplicação.

1. FUNDAMENTO DO DIREITO AO ESPECTÁCULO

Com base na ideia de que uma determinada pessoa, singular ou colectiva, sob sua iniciativa e responsabilidade, recolhe todas as matérias-primas, reúne todos os meios necessários à sua transformação e aplicação, organiza e planeia o método e a sequência de tarefas e trabalho, custeando este processo, com o objectivo de por de pé um resultado de natureza mormente imaterial – agora, o espectáculo – surgiu a noção geral de que também os produtores de eventos ao vivo devem ser protegidos de aproveitamentos parasitários de terceiros que nada investiram (como por exemplo, um organismo que radiodifunde uma ópera e que no seu intervalo

comercialize espaço publicitário), assim como surgiu a ideia de que lhes deve ser salvaguardada uma pacífica e exclusiva exploração dos eventos, designadamente sem que estas outras utilizações possam prejudicar potenciais consumidores e receitas do espectáculo, sem que concorram com a exploração pretendida pelo respectivo organizador.

Assim, foi-se sentindo, no respectivo mercado, que a entidade produtora de um espectáculo ao vivo teria um direito sobre este: um direito-compensação, indispensável para a sobrevivência e manutenção do interesse em produzir¹¹⁹.

Entendamos fundamento, para efeitos deste ponto da dissertação, como a razão que justifica e legitima a existência do direito e que nos dirá porque é concedido, ao produtor de espectáculos, o direito ao espectáculo.

Definimos acima produtor de espectáculos como a pessoa singular ou colectiva que detém, gere e aplica, organizando e distribuindo, os necessários meios financeiros, técnicos e humanos, à materialização de um conteúdo imaterial – o espectáculo.

Este esforço organizativo como fundamento para a atribuição de direitos não é desconhecido para o direito de propriedade intelectual. É já conhecido nos casos em que legitima a existência dos direitos conexos atribuídos aos produtores de fonogramas e de videogramas, aos organismos de radiodifusão, e ainda, o direito de autor *sui generis* aos produtores de bases de dados.

¹¹⁹ Relembre-se que defendemos que o valor tutelado pela protecção legal da figura do produtor é o investimento deste no processo produtivo, com o objectivo de que se mantenha sustentável no respectivo mercado, conservando o interesse em levar por diante o seu negócio, assim proporcionando criação e difusão cultural.

Perante a figura do produtor de espectáculos encontramos dois elementos a considerar: o investimento já descrito e ainda o facto de estas entidades proporcionarem, através desse esforço, a concretização do espectáculo, ou seja, de possibilitarem, pela forma da representação cénica, da recitação ou da execução, a utilização e consequente divulgação das obras representadas, recitadas ou executadas.

Analizando, em primeiro lugar, o factor investimento, podemos dividi-lo em três sub-factores: o investimento *stricto sensu* enquanto quantidade de dinheiro despendido, o investimento *lato sensu* enquanto esforço produtivo ou actividade técnica de congregação, planeamento e aplicação de recursos vários (técnicos, humanos e económicos) e o risco¹²⁰ que o interesse económico que estimula aqueles investimentos comporta e que coloca na receita do espectáculo o objectivo da sua exploração¹²¹.

¹²⁰ Vide **Oliveira Ascensão**, *O Direito ao Espectáculo*, Estudos em memória do Professor Doutor Paulo Cunha, Lisboa, 1989, p. 142. “A empresa que monta um espectáculo (...) corre sempre um risco. O empreendimento é custoso. Por isso, salvo havendo financiamento de origem diversa, o acesso não é gratuito. Havendo um investimento e um risco, estes serão cobertos, sobretudo através do preço dos bilhetes de entrada vendidos. A presença de público é, por um lado, condição de êxito do espectáculo – é desolador representar para uma plateia vazia -, por outro é condição do êxito financeiro do empreendimento.”

¹²¹ **Pascal Kamina** – em *Towards new forms of neighbouring rights within the European Union?*, Intellectual Property in the New Millennium, Essays in Honour of William R. Cornish, Cambridge, 2004, pp. 281 e 282 - identifica a justificação da protecção dos produtores, nomeadamente de fonogramas que contenham obras e prestações já caídas no domínio público do seguinte modo: “*These fell under the general rationale put forward for other entrepreneurial rights i.e. the idea that risky and high investments in media required adequate protection, as exposed in one (only one!) recital of the Rental Directive (...)*” e cita o Considerando 7 da Directiva 92/100/CEE, do Conselho, de 19 de Novembro de 1992, aí se lendo “*Whereas (...) the investments required particularly for the production of phonograms and films are specially high and risky; whereas the possibility for (...) recouping that investment can only effectively be guaranteed through adequate legal protections of the rightholders concerned*” (esta mesma declaração encontra-se hoje prevista na Directiva 2006/115/CE, de 12 de Novembro de 2006, Considerando 5, que revogou, no seu Art.º 14º, aquela Directiva). No entanto, na mesma obra lemos, quanto ao fundamento para um novo direito conexo que aí vem apelidado de *A neighbouring right for organisers of cultural and Sporting events?* – pp. 284 e 285 – que “*The reference to the protection of the specific investments of the producer is not very convincing (...) the only justification seems to be to grant an ability to reinforce, through the allocation of a property or quasi-property right, contractual rights or exclusivities acquired by the organisers.*”

Destes três sub-factores, entendemos que basta a existência de um para que o fundamento se verifique.

Já atrás nos mostrámos apologistas da integração no conceito de produtor do espectáculo, das entidades que financiem (desde que não o façam no âmbito de um contrato de patrocínio ou mecenato) e/ou que levem a cabo, no todo ou em parte, o processo de produção do espectáculo. É claro que entre os dois primeiros sub-factores, ou bem que ambos estão presentes face ao mesmo sujeito ou estaremos perante a figura da co-produção de espectáculos, na medida em que as responsabilidades na realização daqueles se encontram distribuídas entre várias entidades.

Quanto ao terceiro sub-factor este deve ser analisado de forma mais profunda e relacionada com a ausência de fim lucrativo que acima defendemos não ser elemento necessário para a atribuição da qualidade de produtor de espectáculos.

No caso dos espectáculos de assistência gratuita, ainda assim, podemos dizer, parece-nos, que existe um risco inerente à apresentação do espectáculo que será afectado em caso de transmissão em ambiente diferente. Quando o espectáculo é de entrada livre, há um objectivo que se mantém e que é comum aos casos em que é exigida a compra de título de ingresso: a de levar ao local da apresentação o maior número de espectadores possível. Se aqui a intenção é gerar receita, ali é gerar impacto público. Para além disto, se o produtor quer apresentar o espectáculo gratuitamente em determinado local a um determinado segmento geográfico de público, não parece legítimo daí inferir que este prescinde de toda e qualquer fonte de receita.

Aliás, não esqueçamos que muitas vezes é realmente difícil que um espectáculo consiga fazer um resultado financeiro que permita atingir o *break-even point*¹²² quanto mais gerar lucro, o que faz com que, nos casos em que determinado espectáculo seja apresentado com entrada livre, seja mais provável que a negociação de outras formas de receita seja particularmente interessante para o produtor.

O caso mais comum deste tipo de espectáculos é o dos eventos produzidos por câmaras municipais e que tendem a dirigir-se à população local. Se o mesmo espectáculo obtém procura de um organismo de radiodifusão de alcance geográfico mais amplo, dois aproveitamentos novos se apresentam: o do organismo de radiodifusão que adquire um conteúdo para transmissão, adquire, no fundo, o produto que vai “revender”, percebendo a respectiva receita (nomeadamente através da venda do espaço publicitário anterior, posterior e existente durante os intervalos desta transmissão), e o do restante público que, sem ter de se deslocar ao local terá acesso ao espectáculo. Do que se diz entendemos que apenas o produtor pode decidir se quer que o espectáculo chegue ou não, a estes agentes, de forma gratuita. Queremos com isto dizer que, ainda que o espectáculo ao vivo não tenha como objectivo gerar receita financeira, parece-nos que se mantém o fundamento de atribuição do direito exclusivo ao empresário de poder autorizar ou proibir aqueles aproveitamentos.

O Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República emitiu um Parecer, datado de 17 de Junho de 1993¹²³, no qual afirma expressamente que a protecção concedida ao espectáculo - e isto

¹²² **Ponto de equilíbrio** (do inglês *break-even-point*), é a denominação dada ao estudo, nas empresas, principalmente na área da contabilidade, onde o total das receitas é igual ao total das despesas. Neste ponto o resultado, ou lucro final, é igual a zero. Consultar http://pt.wikipedia.org/wiki/Ponto_de_equil%C3%ADbrio

¹²³ Disponível em <http://www.dgsi.pt/pgrp.nsf/Por+Relator/D5DA082E5232B5E88025661700420EE3/?OpenDocument>

referindo-se ao direito de arena previsto na legislação brasileira¹²⁴ que, veremos, corresponde sensivelmente ao direito ao espectáculo assim apelidado pela doutrina e jurisprudência portuguesas – é “(...) *consequência da prestação técnico-organizativa que tal entidade [o produtor] (...) realiza, integrando-se normalmente a sua intervenção na categoria das prestações empresariais.*”

Outro fundamento é descrito por Alberto Sá e Mello¹²⁵ quanto ao contrato de fixação fono/videográfica, mas integralmente aplicável ao caso em apreço, na medida em que o faz analisando o interesse do investidor que produz o resultado a explorar, da seguinte forma: “O seu «valor acrescentado» advém-lhe tanto do investimento na sua produção como de possibilitar a utilização (mediata) dos bens imateriais que eventualmente fixe.” Ora, este fundamento é integralmente aplicável, também, ao produtor de espectáculos de natureza artística.

Aqui entram em linha de conta já outros valores. Assim como é importante para os autores e para os artistas intérpretes ou executantes, assim como para os produtores de fonogramas e de videogramas e para os organismos de radiodifusão, manterem o exclusivo sobre os produtos das respectivas actividades e se entende que é do interesse comum que lhes seja dada esta possibilidade por forma a manterem a sua viabilidade profissional dentro das suas respectivas actividades, o mesmo acontece com os produtores de espectáculos. A relevância social e cultural do espectáculo é indiscutível, tão indiscutível quanto a atribuída às criações ou às prestações artísticas.

¹²⁴ À data previsto no Art.º 42º da Lei n.º 9.615, de 24 de Março de 1998 e actualmente no Art.º 42º da Lei n.º 12.395 de 16 de Março de 2011.

¹²⁵ Ver *Filmagem de Espectáculos Deportivos...*, p. 53.

Neste sentido, é também fundamento do direito ao espectáculo a necessidade de proteger a actividade económica dos agentes que proporcionam a transmissão de obras artísticas através da sua apresentação pública sob a forma de representação cénica, execução ou recitação. Mas adite-se que o interesse da comunidade na manutenção e viabilidade destes agentes tem dois níveis de eficácia: a já mencionada relevância social e cultural da própria actividade junto da comunidade, pelo desfrute, pelos seus membros, de obras artísticas que elevam o seu conhecimento e nível cultural, mas também o facto de ser importante para o estímulo às actividades artísticas de criação e interpretação ou execução, a realização frequente deste tipo de utilização que financia e promove aquelas actividades.

Um escrito de Carlo E. Mayr¹²⁶ contém uma súmula deste fundamento de forma bastante congregadora e eficaz, dizendo, a propósito da comparação da posição do produtor de espectáculos com os produtores de fonogramas, videogramas e organizadores de eventos desportivos e com os direitos conexos que lhes assistem, *“Tutte queste categorie sono accomunate da una caratteristica. Il diritto assoluto sui risultati della loro attività è concesso a motivo degli investimenti effettuati, per favorire la circolazione delle opere dell’ingegno. (...)”*

Tale circostanza ricorre certamente anche nel lavoro dei produttori teatrali che, come ho già più volte notato, presenta in gran parte le medesime caratteristiche di quella dei soggetti sui l’ordinamento riconosce da tempo un diritto connesso.”

O exclusivo em que consiste o direito ao espectáculo (e que mais adiante trataremos com pormenor quando tentarmos definir o

¹²⁶ *Il produttore teatrale*, Annali Italiani del diritto d’autore, della cultura e dello spettacolo, Anno XIV, 2005, Guiffre Editore, Milão, 2006, pp. 360 e 361.

respectivo conteúdo), tem assim como fundamentos a retribuição do investimento do produtor e a sustentabilidade deste tipo de actividade, que se mostra essencial para a promoção da criação artística e do desenvolvimento cultural da humanidade.

2. FONTE DO DIREITO AO ESPECTÁCULO

José de Oliveira Ascensão tem categoricamente afirmado que o direito ao espectáculo tem como fonte o costume¹²⁷.

Reconhecendo o costume como fonte privilegiada e autojustificada de Direito, uma vez que a considera manifestação do Direito pela própria comunidade, e qualificando-a como *manifestação jurídica originária*¹²⁸, que emite verdadeiros conteúdos injuntivos, entende o Ilustre Professor que as regras emanadas do costume devem ser aplicadas sem necessidade de reconhecimento legal da sua validade na hierarquia das fontes de direito¹²⁹.

¹²⁷ Lê-se no seu *O direito ao espectáculo...*, p. 146, “Quanto a nós, não temos dúvida nenhuma em afirmar que esse fundamento é o costume. Para quem, como nós, considera o costume uma fonte de direito autónoma, que não depende de reconhecimento legal, o direito do empresário ao espectáculo é um exemplo acabado de costume praeter legem na ordem jurídica portuguesa – como aliás nas ordens jurídicas estrangeiras.”

¹²⁸ Ver, **Oliveira Ascensão**, *O costume como fonte de direito em Portugal*, in AAVV, Seminario Internacional de Estudios sobre la Tradición, Facultad de Derecho de Cáceres, 9 y 10 de Noviembre de 1998, La costumbre, el derecho consuetudinario y las tradiciones populares en Extremadura y Alentejo / Luis Felipe Ragel Sánchez, coordenado por Eloy Martos Núñez y Miguel Ángel Encabo Vera, Editora Regional de Extremadura, Mérida, 2000, p. 35. No mesmo sentido, **Marta Vinagre**, *Costume: forma de expressão do direito positivo*, Revista de Informação Legislativa, Ano 25, n.º 99, Julho a Setembro 1988, Publicação da Secretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, Brasília, 1988, p. 112, onde se lê “(...) o costume é a forma de expressão do direito mais livre, mais autêntica, mais democrática (...) nasceu porque foi querido pelo povo.” Sobre o fundamento filosófico do costume em vários pensadores, desde Lutero (p. 236) a Kant (p. 239), ver ainda, **Athanasios Moulakis**, *La fuerza della consuetudine*, Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, IV Série, LIX, Giuffrè Editore, Milão, 1982, pp. 232 a 246.

¹²⁹ Ver, do mesmo autor, *O Direito, Introdução e Teoria Geral, Uma perspectiva Luso-Brasileira*, 7ª Edição Revista, Almedina, Coimbra, 1993, p. 243. Na mesma obra, este autor explica que corolário desta sua posição é a previsão do Art.º 348º do

Na seu artigo intitulado *O Direito ao Espectáculo*, Oliveira Ascensão diz serem indiscutíveis a existência do uso, traduzido numa prática universal reiterada segundo a qual os posteriores aproveitamentos, essencialmente audiovisuais, dos espectáculos são efectuados com recurso à prévia autorização do respectivo organizador, tanto no que respeita aos eventos desportivos como aos espectáculos de natureza artística¹³⁰, assim como a existência de uma convicção de obrigatoriedade, verificada pela “(...) firmeza da convicção de que é assim, de que tem de ser assim, embora não se aponte um texto legal de apoio (...). Se a RTP pretendesse transmitir em directo a récita de uma ópera seguramente o empresário a expulsaria, sem que os argumentos que os agentes daquela usassem abalassem a sua convicção de estar certo.”^{131 132}. Assim, conclui aquele Ilustre Professor, que o direito ao espectáculo encontra a sua fonte num costume, válida e inteiramente formado, por se verificarem os pressupostos de facto da validade e existência desta fonte do direito: a prática reiterada (ou uso) e a convicção de obrigatoriedade (*opinio juris vel necessitatis*)¹³³.

CC, que prevê os termos em que as partes devem alegar e provar a existência de uma regra de direito consuetudinário, mais se prevendo, no mesmo preceito, que o tribunal deve procurar oficiosamente obter o conhecimento do mesmo direito para o aplicar – pp. 247 e 248 – independentemente de, no mesmo CC, o costume não estar expressamente consagrado como fonte imediata de direito ou sequer como meio para a interpretação e integração de lacunas (Arts.º 1º, 9º e 10º daquele Código). No mesmo sentido de Oliveira Ascensão, veja-se, **António A. Vieira Cura**, *O Costume como Fonte de Direito em Portugal*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. LXXIV, Coimbra, Outubro 1999, pp. 248, 269 a 272.

¹³⁰ *O direito ao espectáculo...*, p. 143.

¹³¹ *Idem*, p. 147.

¹³² A verdade é que fomos recentemente, de forma pessoal e directa, confrontados com o facto de não podermos filmar um espectáculo de final de ano lectivo de uma escola de dança, apenas porque a entidade gestora do auditório em que se apresentaria o espectáculo, não obstante terem sido concedidas autorizações por todos os autores de obras envolvidas e artistas envolvidos (neste caso os professores bailarinos), não o autorizou. Não entendemos de que aqui decorra a fonte consuetudinária do direito, apenas queremos dar a conhecer a prática e a convicção de obrigatoriedade que, de facto, existem neste âmbito.

¹³³ Uma análise mais aprofundada sobre os requisitos do costume pode ser encontrada em **Inocêncio Galvão Telles**, *Introdução ao Estudo do Direito*, Vol. I, 11ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra 2001, pp. 117 a 120.

Contudo, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 02 de Novembro de 2000¹³⁴, declarou nulo um contrato celebrado entre o Sport Lisboa e Benfica e a Olivedesportos – Sociedade Comercial de Organização de Actividades Desportivas e de Publicidade, SA - pelo qual aquela transmitiu a esta, em regime de exclusividade, os direitos televisivos dos seus jogos de futebol -, por impossibilidade legal e ilegalidade do seu objecto, já que a actividade televisiva estava reservada a entidades devidamente licenciadas para o efeito, o que não era o caso da Ré (Olivedesportos, SA). Mas o que verdadeiramente releva para este ponto do nosso trabalho e que ressalta daquele aresto é que no mesmo não se entende que estes direitos televisivos decorram do direito ao espectáculo, porquanto não se reconhece o mesmo (a este direito ao espectáculo) como direito autónomo de origem costumeira¹³⁵. Lê-se no mesmo Acórdão

¹³⁴ Colectânea de Jurisprudência, Ano XXV, Tomo V, 2000, pp. 70 a 78.

¹³⁵ O mesmo Acórdão critica duramente, e a nosso ver e salvo o devido respeito, sem razão, a decisão de primeira instância recorrida, que avaliara aqueles direitos televisivos como integrantes do direito ao espectáculo enquanto direito intelectual (de origem consuetudinária), aceitando-o como possível objecto de negócio jurídico, contratualmente transmissível, e não confundível com a actividade de transmissão televisiva, essa sim, apenas exercível por quem estivesse para o efeito devidamente licenciado. Na verdade, como parece decorrer da decisão recorrida e posição que sufragamos, o regime sobre a celebração de negócios jurídicos em que o objecto sejam direitos intelectuais não impede que estes sejam transmissíveis entre quaisquer sujeitos de direito, como verdadeiros bens imateriais livremente negociáveis, o que é diferente de, para efeitos de transmissão televisiva propriamente dita, isto é, para efeitos de colocação do conteúdo que seria o espectáculo desportivo, materialmente, sob a forma de emissão de radiodifusão, ter de se contratar efectivamente com uma entidade devidamente licenciada para o exercício dessa actividade. O mesmo é dizer que os direitos televisivos objecto do pleito seriam, em nosso entender, transmissíveis a qualquer entidade jurídica, nomeadamente para que esta os gira e que apenas seriam necessariamente transmissíveis a entidade licenciada para o exercício de actividade televisiva se essa fosse, em concreto, a utilização a ser dada directamente pelo sujeito adquirente. Parece-nos, assim, que ia bem a sentença recorrida, incorrectamente revogada por este Acórdão da Relação. Neste sentido ver **Oliveira Ascensão**, *Titularidade de Licença de Emissor de Televisão e Direito ao Espectáculo (no rescaldo do litígio S.L. Benfica/ Olivedesportos*, Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço, Vol. II (separata), Almedina, Coimbra, 2002,..., pp. 303 a 311. Neste artigo o autor critica este mesmo Acórdão defendendo a aplicação a estes casos do princípio geral da disponibilidade das situações jurídicas e a sua livre transmissibilidade, não dependendo esta possibilidade da necessidade de qualquer licença administrativa. Mais recentemente, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25 de Maio de 2009 – disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/26535204b0a433dd802575bd004d5871?OpenDocument>

“Hoje em dia (...) o direito consuetudinário deixou de ter qualquer relevância no mundo do direito privado em geral, e, portanto, também na área da televisão. Em face do exposto temos de manifestar a total discordância com a sentença recorrida ao considerar que o direito ao espectáculo teria fonte consuetudinária e não legal (...)” (sublinhado nosso). Com efeito, o Acórdão não põe em crise a titularidade dos clubes sobre direitos televisivos, no entanto, parece retirá-la do Art.º 1303º do CC, de forma, salvo o devido respeito, até pouco esclarecedora e aprofundada no texto daquela decisão, pois no mesmo lê-se ainda *“(...) nada impede que o Benfica ou outro clube, venda os direitos televisivos a uma estação de televisão, devidamente licenciada (...). No fundo o Benfica é proprietário dos direitos e, como tal, pode naturalmente vendê-los. É um facto que o Art.º 1303º, n.º 1 do C. Civil prescreve que «os direitos de autor e a propriedade industrial estão sujeitos a legislação especial», mas logo o n.º 2 esclarece que «são, todavia, subsidiariamente aplicáveis aos direitos de autor e à propriedade industrial as disposições deste código, quando se harmonizem com a natureza daqueles direitos e não contrariem o regime por eles especialmente estabelecido». Como titular dos direitos e tendo em conta a restrição do n.º 2 do Art.º 1303º do C. Civil, o Benfica nunca poderia vender os direitos televisivos relativos aos jogos de futebol a uma entidade que não está devidamente licenciada.”*

A posição tomada no Acórdão face ao costume como fonte do direito ao espectáculo parece-nos, de facto, criticável, senão vejamos.

Em tempos, a Lei de Bases do Sistema Desportivo - Lei 1/90, de 13 de Janeiro -, referia, expressamente, no seu Art.º 19º, n.º 2, o direito ao

veio considerar, aceitando a tese explanada naquele artigo de Oliveira Ascensão e remetendo para a mesma, que, de facto, há uma *“(...) distinção entre a transmissão (radiodifusão) do espectáculo e o direito intelectual em que consiste a transmissão – o espectáculo”*, afirma-se no Acórdão do STJ.

espectáculo, assim ditando: (...) 2 - *É garantido o direito de acesso a recintos desportivos de profissionais da comunicação social no exercício da sua profissão, sem prejuízo dos condicionamentos e limites a este direito, designadamente para protecção do direito ao espectáculo, ou de outros direitos e interesses legítimos dos clubes, federações ou organizadores de espectáculos desportivos, em termos a regulamentar.* (sublinhado nosso). A verdade é que nunca se chegou a regulamentar esta disposição, que se manteve na Lei n.º 30/2004, de 21 de Julho, Art.º 84º¹³⁶, mas que foi revogada pela Lei n.º 5/2007, de 16 de Janeiro, que aprovou a Lei de Bases da Actividade Física e do Desporto (LBAFD), tendo desaparecido previsão semelhante à que existia naquele Art.º 19º, n.º 2 (e naquele Art.º 84º, n.º 2) e qualquer referência expressa ao direito ao espectáculo.

Actualmente, a LBAFD prevê apenas, no seu Art.º 49º, que os titulares de livre-trânsito só podem entrar em recintos desportivos durante o período em que o espectáculo desportivo decorra, desde que estejam no exercício da sua profissão e que tal acesso seja indispensável ao cabal cumprimento da mesma. Sobre esta evolução legislativa José Manuel Meirim¹³⁷ reproduz a Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 80/X, na qual se lê “*Finalmente consagram-se importantes inovações em três outros domínios: (...) – em matéria de livre entrada em recintos desportivos, esclarece-se que a sua disciplina deve ser configurada restritivamente no quadro do acesso a espectáculos desportivos com entradas pagas, por forma a compatibilizar este direito com o direito sobre o espectáculo de que são titulares os clubes organizadores.” (sublinhados nossos). Parece que, lamentavelmente, o texto legislativo não logrou a clareza que se pretenderia sobre esta*

¹³⁶ Onde se lia “ *Deve ainda ser garantido o direito de acesso a recintos desportivos de profissionais da comunicação social, desde que no exercício da sua profissão, sem prejuízo dos condicionamentos e limites a este direito, designadamente para protecção do direito ao espectáculo, ou de outros direitos e interesses legítimos dos clubes, federações ou organizadores de espectáculos desportivos.*”.

¹³⁷ Em Lei de Bases da Actividade Física e do Desporto, Estudo, Notas e Comentários, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 380.

intenção, tão importante, que era a de se consagrar um reconhecimento cabal e expreso do direito ao espectáculo desportivo.

Mas mesmo que a lei não preveja expressamente o direito exclusivo do organizador do espectáculo desportivo de explorar as imagens do mesmo, a prática reiterada na sociedade, com convicção de obrigatoriedade não parece discutível. Os direitos, permanente, e nacional e internacionalmente, negociados com os clubes e as ligas desportivas para radiodifusão dos seus eventos, que continuam a dar origem a inúmeros negócios jurídicos de elevadíssima monta¹³⁸, constituindo uma das principais fontes de receitas dos agentes do mercado desportivo, constituem factos verdadeiramente notórios que não permitem por em causa a existência de um uso, com convicção de obrigatoriedade, que atribui àquelas entidades (clubes e ligas) um direito exclusivo sobre o aproveitamento audiovisual dos espectáculos desportivos¹³⁹.

Já o CDADC contém, em nossa opinião, norma que prevê expressamente um direito ao espectáculo para os produtores de espectáculos de natureza artística.

¹³⁸ Veja-se a seguinte notícia que informa que o Sporting Clube de Portugal arrecadou, em 2010, 108 milhões de euros com a negociação de direitos televisivos, disponível em <http://www.agenciafinanceira.iol.pt/empresas/sporting-sad-futebol-direitos-televisivos-jogos-tv/1175755-1728.html>.

¹³⁹ Ao ponto da sua relevância ter justificado já pronúncias do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE) relacionadas com o direito da concorrência e tratando dos chamados “direitos televisivos”. Sobre a matéria, ver **Pedro António Maia Oliveira**, A Negociação Centralizada de Direitos Televisivos na óptica do Direito da Concorrência, Compilações doutrinárias, Verbojurídico, Março, 2009, disponível em www.verbojuridico.net, pp. 10 e 11. Pode, ainda, ler-se na mesma obra: “(...) os produtores do bem objecto do desfrute económico primário, ou seja, os titulares dos direitos televisivos. Estes titulares são (...) os organizadores dos eventos desportivos objecto da respectiva transmissão televisiva. Que podem ser, como ocorre em alguns desportos, organizações isoladas, ou então, os próprios clubes, que joguem no seu próprio reduto, visto serem estes que acarretam e têm a seu cargo os custos inerentes à preparação e realização do evento competitivo em que participam, que assumem o risco da gestão económica do respectivo evento e, consequentemente, controlam o acesso do operador televisivo ao estádio ou recinto onde se verifica a competição alvo de transmissão.”.

No seu Art.º 117º, já anteriormente mencionado mas que aqui importa transcrever na íntegra, prevê o seguinte:

Art.º 117º (Transmissão, reprodução, e filmagem da representação)

Para que a representação da obra, no todo ou em parte, possa ser transmitida pela radiodifusão sonora ou visual, reproduzida em fonograma ou em videograma, filmada ou exibida, é necessário, para além das autorizações do empresário do espectáculo e dos artistas, o consentimento escrito do autor. (sublinhado nosso).

Assim se vê que, expressamente nos termos da lei¹⁴⁰, a fixação, a reprodução, a distribuição e a comunicação pública sob a forma de radiodifusão ou outra forma de transmissão, dependem da autorização do produtor do espectáculo¹⁴¹.

¹⁴⁰ Para **Alexandre Dias Pereira** os direitos conexos que pretendem tutelar prestações empresariais conhecem, inclusive, dignidade constitucional. Em *Arte, Tecnologia e Propriedade Intelectual*, Separata da Revista da Ordem dos Advogados, Ano 62, II, Lisboa, Abril, 2002, pp. 478 e 479, lê-se: “*Temos defendido que os direitos conexos constituem uma forma de propriedade intelectual e que poderão colher fundamento na liberdade de criação cultural (...). A liberdade de criação cultural está consagrada no Art.º 42º da Constituição, o qual se harmoniza com a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, no sentido de reconhecer a todos o «direito à protecção dos interesses materiais e morais correspondentes às produções cinematográficas, literárias ou artísticas de que são autores» (art.º 27º, 2) (...) Isto significa, nomeadamente, que os «direitos de autor» são orientados por princípios que informam constitucionalmente o instituto, em termos de o fundamento de promoção da liberdade de criação cultural contrapor a protecção da personalidade do criador de obras literárias e artísticas à mera tutela do investimento em «bens culturais» transformados em `objectos dum «consumo de cultura»´. Porém, os direitos conexos destinam-se a proteger prestações artísticas e prestações empresariais, como sejam por exemplo, as dos produtores de fonogramas e de filmes e os organismos de radiodifusão. Apesar disso, parece-nos que se poderá interpretar extensivamente o art. 42º, 2, da Constituição, no sentido de abranger os direitos conexos(...)*” Mais adiante no mesmo trabalho, p. 480, o autor refere como figura afim aos direitos conexos o direito do empresário de espectáculos públicos. Também no Parecer da Procuradoria-Geral da República n.º 17/93 encontramos a defesa da consagração constitucional do direito ao espectáculo. Afirma-se neste Parecer “*(...) na configuração do direito ao espectáculo e do subsequente direito (cedido) ao exclusivo, não seja difícil, como se disse, encontrar alicerces assentes em preceitos definidores de direitos fundamentais, nomeadamente, no direito de iniciativa económica privada (artigo 61º, n.º 1 da CRP) (...).*”.

¹⁴¹ Ver Deliberação 2/DAC/2007 do Conselho Regulador da Entidade Reguladora para a Comunicação Social que, no âmbito da produção e apresentação de um dos maiores festivais de música do país, o festival “Super Bock Super Rock”, reconhece ao seu

Contudo, não obstante esta previsão normativa expressa do Art.º 117º do CDADC, não encontramos mais disciplina na lei que permita encontrar uma “dogmática” expressa, positivada, para este direito ao espectáculo. Destarte, o titular, o objecto – que tipo de espectáculos serão de considerar -, o conteúdo, a duração deste direito, têm de ser procurados e investigados por outros caminhos¹⁴².

Como veremos adiante, no que concerne ao direito ao espectáculo de natureza artística, a procura daquela dogmática não tem necessariamente de ser reconduzida ao costume, sendo antes levantada através de método jurídico-científico de interpretação e integração de lacunas.

Uma primeira conclusão que podemos tirar é que, de facto, existe na sociedade (portuguesa e internacional) um uso, caracterizado pela convicção da sua obrigatoriedade, de que ao organizador de um espectáculo cabe um direito exclusivo sobre ulteriores aproveitamentos por terceiros do mesmo, mormente, sobre a sua reprodução, distribuição e comunicação pública.

Todavia, se no que concerne ao direito ao espectáculo no âmbito do desporto a sua previsão legal é inexistente nos termos do actual Art.º 49º da LBAFD, pelo que entendemos poder continuar a identificar a sua fonte como de origem consuetudinária, já no que respeita ao direito ao espectáculo de natureza artística a questão não se coloca da mesma forma, uma vez que entendemos que aquele Art.º 117º do

produtor o direito de determinar aos profissionais da comunicação condições de captação de imagens que garantam o respeito pelos direitos de autor, pelos direitos conexos e pelo direito ao espectáculo que assiste à empresa que promove (entenda-se organiza) o evento. Disponível em:

<http://docs.google.com/gview?a=v&q=cache:aVzI0cBBTUKJ:www.erc.pt/index.php%3Fop%3Ddownloads%26enviar%3Denviar%26lang%3Dpt%26id%3D281+delibera%C3%A7%C3%A3o+2/DAC/2007&hl=pt-PT&gl=pt>

¹⁴² **Oliveira Ascensão** afirma ser aquele Art.º 117º apenas um afloramento do direito ao espectáculo – *Titularidade...*, p. 301.

CDADC equivale a uma verdadeira consagração legal do direito ao espectáculo dos produtores de espectáculos de natureza artística. E afirmamo-lo porque, como já referido, o seu regime jurídico é integrado, como ficará abaixo defendido, sem recurso às práticas sociais, mas por integração no ordenamento jurídico positivado na nossa legislação nacional.

Esta conclusão permitirá ultrapassar, quanto ao direito ao espectáculo dos produtores de espectáculos de natureza artística, uma das questões mais importantes a colocar caso estivéssemos perante um direito de fonte consuetudinária, como parece ainda ser o caso do direito ao espectáculo de natureza desportiva, que seria a sua compatibilização com o princípio da tipicidade aplicável aos direitos de propriedade intelectual.

O princípio da tipicidade - que pretende acima de tudo conferir segurança jurídica em áreas do direito que tratam de matérias de grande relevância ou sensíveis¹⁴³ para o tráfego jurídico entre os sujeitos, e que garante que se reserva à lei (e ao legislador responsável, prudente e conhecedor) o poder de criar figuras jurídicas, direitos, que sejam arrogados pelos respectivos titulares e tratados entre os sujeitos nos termos em que a lei o dispõe, para que todos conheçam as regras a que os mesmos direitos estão sujeitos -, desde logo, impede a analogia, ao ponto de assim não se poder retirar, da previsão do Art.º 117º do CDADC, através desse mesmo mecanismo - neste caso de analogia *legis*¹⁴⁴ - um direito ao espectáculo na titularidade dos organizadores de eventos

¹⁴³ Sobre este fundamento filosófico-jurídico do princípio da tipicidade ver **Pedro Pais de Vasconcelos**, *O problema da tipicidade dos valores mobiliários*, Direito dos valores mobiliários / Instituto dos Valores Mobiliários, Vol III, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 67 e 68; ou **Alberto Xavier**, Os princípios da legalidade e da tipicidade da tributação, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1978, p. 71.

¹⁴⁴ Analogia a partir de uma única norma - **Elsa Sequeira Santos**, *Analogia e Tipicidade em Direitos Reais*, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles, Vol. IV., Almedina, Coimbra, Novembro, 2003, p. 473.

desportivos. Daí que mantenhamos o entendimento de que a fonte deste direito no âmbito desportivo se manifesta no costume.

Já quanto ao princípio da tipicidade impedir a constituição de um direito de fonte consuetudinária, não consideramos que assim seja. Estamos com Oliveira Ascensão quando este Ilustre Professor afirma que - quanto aos direitos reais, que sabemos estarem sujeitos ao princípio da tipicidade taxativa -, a regra do *numerus clausus* “(...) *não pode subverter os princípios respeitantes à valia relativa da lei e do costume. Nenhum significado teria pois um preceito que reservasse para a lei o monopólio de criação de direitos reais. Qualquer costume em contrário o tornaria letra morta, porque o costume é fonte privilegiada de direito.*”¹⁴⁵. Daqui decorre, então, que, não obstante o princípio da tipicidade taxativa, a criação de um direito de natureza idêntica aos direitos sujeitos a este princípio, pelo costume, é válida e eficaz devendo ser aplicada pelos tribunais, nos termos do Art.º 348º do CC, constituindo o seu desrespeito, verdadeira violação do direito tal como se este estivesse positivado¹⁴⁶.

Por último, diga-se que, para nós, o princípio da tipicidade não impede que se recorra à analogia entre regimes de direitos da mesma natureza¹⁴⁷. Queremos com isto dizer que entendemos que se possa recorrer a este meio de integração de lacunas para encontrar respostas para o regime jurídico do direito ao espectáculo, no regime jurídico de outro direito intelectual, mais concretamente, entre os direitos conexos ao direito de autor, mas esta é matéria que analisaremos com mais profundidade adiante.

¹⁴⁵ A tipicidade dos Direitos Reais, Editorial Minerva, Lisboa, 1968, p. 288.

¹⁴⁶ **Angel Latorre**, Introdução ao Direito, Almedina, Coimbra, 1978, p. 81, “(...) *a sua violação acarreta uma responsabilidade de tipo jurídico e não meramente uma reprovação social.*”.

¹⁴⁷ Na senda de **Elsa Sequeira Santos**, *op. cit.*, p. 494: “(...) *o princípio da tipicidade nenhum entrave coloca à analogia entre direitos reais.*”.

Foram ainda apresentados, na doutrina, dois pretensos fundamentos legais para a impossibilidade de transmissão de espectáculos por terceiros sem obtenção de prévia autorização: o direito à imagem dos seus intervenientes – desportistas e artistas – e o direito de impedimento de acesso ao recinto, proveniente do direito de propriedade ou outro direito sobre o mesmo que atribuisse ao seu possuidor a exclusividade de determinar quem pode entrar e permanecer nesses mesmos recintos.

Quanto ao direito à imagem dos intervenientes, afaste-se, desde já, este fundamento quanto a ambos os sectores: desporto e espectáculos de natureza artística.

No que respeita aos desportistas é ponto assente que, como afirma Sofia de Barros Carvalhosa, *“O entendimento comum manifestado pela doutrina e pela jurisprudência é no sentido de que, na sequência do contrato individual de trabalho desportivo celebrado, e em virtude da comercialização pública das competições em que consiste a actividade principal do clube desportivo ou da respectiva sociedade desportiva, o praticante desportivo profissional cede integralmente a exploração dos seus direitos de imagem associados à sua condição e qualidade de desportivo profissional.”* Referindo-se aos direitos de imagem colectivos (os que se integram em imagem de equipa, como quando no decurso de jogos)¹⁴⁸.

No que respeita aos artistas intérpretes ou executantes, a questão está erroneamente colocada, desde logo, porque faz parte do conteúdo dos seus direitos conexos o direito a autorizar ou proibir,

¹⁴⁸ O Direito à Imagem do Praticante Desportivo Profissional, Universidade Lusíada Editora, Lisboa, 2008, pp. 114 e 117.

nomeadamente a radiodifusão e a comunicação ao público da sua prestação¹⁴⁹, nos termos dos Art.º 178º, n.º 1, al. a) do CDADC.

Quanto ao direito de controlar o acesso aos recintos, apesar de a Lei n.º 5/2007, a LBAFD, no seu Art.º 49º, n.º 2, delimitar um direito de acesso ao recinto, não podemos confundir o direito que as entidades detentoras da propriedade ou de outro direito exclusivo de exploração de determinados equipamentos culturais ou desportivos gozam de determinar regras de acesso ao interior dos mesmos, com o valor que o *direito ao espectáculo* pretende tutelar: o aproveitamento económico, por outras utilizações que não a cobrança de ingressos, do espectáculo, que aumente o círculo de consumidores, sem que o respectivo organizador lucre com o mesmo aumento.

Daquele preceito não podemos discurrir senão um meio de controlar o acesso ao recinto do espectáculo. Pode, todavia, equacionar-se que a limitação às entradas seja um meio indirecto e verdadeiramente eficaz de controlar ou evitar fixações e transmissões ilícitas, já que, nomeadamente os livres-trânsito são concedidos pelos exploradores do recinto que podem estabelecer condições acessórias para a entrega daqueles. No entanto, este é um meio para atingir um fim: evitar a violação do direito ao espectáculo.

Corolário desta conclusão encontramos ainda, no que concerne ao espectáculo de natureza artística, no CDADC, o Art.º 151º que prevê que o proprietário de casa de espectáculos seja obrigado a permitir a instalação dos instrumentos necessários à transmissão da radiodifusão, pelo que este argumento, de que a necessidade de autorização estes efeitos decorre de um direito de regular o acesso ao recinto, cai integralmente por terra

¹⁴⁹ Excepto quando a prestação já seja, por si própria, uma prestação radiodifundida ou quando o seja a partir de uma fixação (Art.º 178º, n.º 1, al. a), 2ª parte CDADC), contudo, a própria fixação da prestação exige, por sua vez, o consentimento do artista (al. b), do n.º 1 do mesmo preceito).

Assim como, no que concerne ao público espectador, a limitação à fixação e posterior transmissão ou publicação de imagens, pode ser sempre reforçada pela sua fixação contratual, mediante publicação das condições no acto da compra, por afixação em bilheteira, comunicação em compras *on-line*, ou mesmo por impressão nos próprios bilhetes.

Porém, não nos parece necessário, senão apenas por motivos de certeza na apreensão das regras por todos quantos podem prevaricar, que tais condições constem da informação ao espectador no acto da compra ou ao portador de livre-trânsito por forma a que estes as entendam como condição negocial, para que o direito ao espectáculo e ao exclusivo de fixação, reprodução, distribuição e comunicação pública seja reconhecido ao respectivo produtor.

Isto quanto ao espectáculo de natureza artística, porque a lei o prevê expressamente no Art.º 117º do CDADC, e quanto ao espectáculo desportivo, porque todos temos presente que não devemos aproveitar-nos de um espectáculo organizado por outrem: esta é a consciência social do Costume.

3. O DIREITO AO ESPECTÁCULO NO DIREITO COMPARADO

No presente ponto deste trabalho analisaremos as respostas que em algumas ordens jurídicas estrangeiras têm vindo a ser encontradas para a questão da existência ou não de um direito ao espectáculo. Neste mesmo âmbito recorreremos (talvez mais do que em qualquer outro momento da dissertação) ao tratamento que tem sido dado no caso do produtor de eventos desportivos, na medida em que a dimensão económica gerada pelos negócios cujo objecto é o

reaproveitamento daquele tipo de espectáculos desencadeou uma muito maior produção de artigos doutrinários e de decisões judiciais sobre a matéria. Abordaremos os regimes brasileiro, italiano, alemão, francês, inglês, australiano e norte-americano.

Começamos pelo direito brasileiro. Neste ordenamento foi inicialmente positivado, no seu compêndio normativo dedicado ao Direito Autoral¹⁵⁰, o apelidado de *direito de arena*¹⁵¹. Posteriormente, a previsão deste direito passou a constar da Lei (brasileira) n.º 9.615, de 24 de Março de 1998, agora alterada pela Lei n.º 12.395 de 16 de Março de 2011¹⁵², que institui as normas gerais sobre desporto. Esta nova localização do direito de arena deslocou o mesmo de uma inserção sistemática em sede de Direito de Autor para o Direito do Desporto.

O *direito de arena*, tal como previsto na legislação brasileira, consiste na atribuição de um direito à entidade que organiza e apresenta um

¹⁵⁰ Na Lei n.º 5.988, de 14 de Dezembro de 1973 da República Federal do Brasil.

¹⁵¹ Sobre a possibilidade de se reconhecer um direito idêntico ao direito de arena em ordens jurídicas nas quais o mesmo não se encontre positivado, como direito de fonte consuetudinária, ver **Oliveira Ascensão**, *Uma inovação da Lei Brasileira: O Direito de Arena*, Revista Direito e Justiça, Vol. I, 1980, p. 99.

¹⁵² Que passou a dispor o seguinte:

“Art.º 42º Pertence às entidades de prática desportiva o direito de arena, consistente na prerrogativa exclusiva de negociar, autorizar ou proibir a captação, a fixação, a emissão, a transmissão, a retransmissão ou a reprodução de imagens, por qualquer meio ou processo, de espectáculo desportivo de que participem.

§ 1º Salvo convenção coletiva de trabalho em contrário, 5% (cinco por cento) da receita proveniente da exploração de direitos desportivos audiovisuais serão repassados aos sindicatos de atletas profissionais, e estes distribuirão, em partes iguais, aos atletas profissionais participantes do espectáculo, como parcela de natureza civil.

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica à exibição de flagrantes de espectáculo ou evento desportivo para fins exclusivamente jornalísticos, desportivos ou educativos, respeitadas as seguintes condições:

I - a captação das imagens para a exibição de flagrante de espectáculo ou evento desportivo dar-se-á em locais reservados, nos estádios e ginásios, para não detentores de direitos ou, caso não disponíveis, mediante o fornecimento das imagens pelo detentor de direitos locais para a respectiva mídia;

II - a duração de todas as imagens do flagrante do espectáculo ou evento desportivo exibidas não poderá exceder 3% (três por cento) do total do tempo de espectáculo ou evento;

III - é proibida a associação das imagens exibidas com base neste artigo a qualquer forma de patrocínio, propaganda ou promoção comercial.”

espectáculo desportivo, de autorizar a respectiva fixação, transmissão ou retransmissão, e que, como muito bem observa Oliveira Ascensão, apesar de os direitos conexos serem “(...) *uma consequência da evolução da técnica, que permitiu alargar o círculo de destinatários e por isso exigiu novas regras de protecção(...)*”, não tem ligação inicial nem derivada com obras literárias ou artísticas (como no caso dos empresários de espectáculos de artes performativas ou, em certos casos, dos produtores de fonogramas e de videogramas), sendo o seu único ponto de contacto com o Direito de Autor a sua construção como um direito a autorização^{153 154}.

Actualmente, a lei autoral brasileira - Lei n 9.610, de 19 de Fevereiro de 1998 – não prevê qualquer direito a favor dos organizadores de espectáculos, apenas regulando a actuação destes agentes no Capítulo II dedicado à Comunicação Pública (e inserido no Título IV - Da utilização das obras intelectuais e dos fonogramas), nos seus Art.ºs 68º e segs., disciplinando sobre a relação entre o autor e o produtor da representação pública da peça, sendo que no conceito de representação pública se insere, nos termos do Art.º 68º § 1º “ (...) *utilização de obras teatrais no género drama, tragédia, comédia, ópera, opereta, balé, pantomimas e assemelhadas, musicadas ou não, mediante a participação de artistas, remunerados ou não, em locais de frequência coletiva ou pela radiodifusão, transmissão e exibição cinematográfica*”. Quanto aos direitos adquiridos pelo produtor do espectáculo os mesmos dependem apenas do que for especialmente acordado entre este e os autores (*vide* Art.ºs 49º e segs. da lei autoral

¹⁵³ Oliveira Ascensão, *Um inovação da Lei Brasileira...*, p. 96.

¹⁵⁴ Na lei portuguesa o direito de arena brasileiro – que não vamos fazer coincidir exactamente com o *direito ao espectáculo* pois acompanhamos Oliveira Ascensão, que entende que aquele direito de arena se encontra dentro de um direito mais vasto que é o direito ao espectáculo [*vide Titularidade...*, p. 301.]-, estava, como vimos anteriormente, previsto no Art.º 19º, n.º 2, da Lei 1/90, de 13 de Janeiro, que se manteve na Lei n.º 30/2004, de 21 de Julho mas que foi revogado pela Lei n.º 5/2007, de 16 de Janeiro, que aprovou a Lei de Bases da Actividade Física e do Desporto, tendo desaparecido previsão semelhante à que existia naquele Art.º 19º, n.º 2 (e naquele Art.º 84º, n.º 2) e que expressamente referia um direito ao espectáculo.

brasileira), o que determina que estes podem ceder os direitos de fixação e transmissão audiovisual àquele. No entanto, esta transmissão equivaleria à transmissão contratual do autor ao produtor do direito de utilização da obra sob estas formas, tal como seria possível na nossa ordem jurídica nos termos dos Art.ºs 40º e segs. do CDADC e no âmbito da liberdade contratual das partes, o que difere de o produtor ver reconhecido um direito próprio de autorizar ou impedir este tipo de utilizações (fixação e transmissão) do espectáculo. E mesmo na minuta do Anteprojecto que altera a Lei 9.610/98 que será apreciada pelo Congresso (e cujo prazo para apresentação de propostas para a Consulta Pública encerrou-se no dia 31 de Agosto de 2010), não se prevê qualquer alteração a este estado da regulamentação, não se prevendo, portanto, qualquer novo direito a favor do produtor de uma representação pública da obra.

Na ordem jurídica italiana não se encontra expressamente previsto o direito ao espectáculo de natureza artística. É, porém, no mínimo curioso, que o Decreto Legislativo n.º 9, de 9 de Janeiro de 2008 (decreto legislativo 9 gennaio 2008, n.9), que disciplina a titularidade e a comercialização dos direitos audiovisuais desportivos e a repartição das receitas, tenha aditado ao Título II da legge 22 aprile 1941, n. 633, a Lei Autoral Italiana, com a epígrafe *Disposizioni sui diritti connessi all'esercizio del diritto di autore*, o Capítulo I-Ter, dedicado aos direitos audiovisuais desportivos e, contendo o mesmo o novo Art.º 78º-*quater* que dispõe que a estes direitos, audiovisuais desportivos, se aplicam as disposições daquela lei autoral em tudo quanto seja compatível, o que equivale a reconhecê-lo expressamente como direito conexo, nada se dizendo quanto aos organizadores de espectáculos de natureza artística.

Por outro lado, a lei autoral italiana prevê, nos seus Art.ºs 51º e segs., que, tendo em conta o fim e a natureza da radiodifusão, como serviço reservado ao Estado, quer este o exerça directamente, quer

através de concessão, a entidade que preste aquele serviço tem a faculdade de transmitir obras protegidas executadas em teatros, salas de concertos ou outros locais públicos¹⁵⁵ devendo, para tanto, o proprietário do local, o empresário e todos quantos concorram para a apresentação do espectáculo, permitir a implantação e os testes técnicos necessários à preparação da transmissão, sendo apenas necessário o consentimento do autor em certos casos, nomeadamente para a transmissão de obra nova – Cf. Art.º 52º da mesma legge. Esta previsão normativa é comentada por Teresamaria Ferrati como referindo-se apenas às transmissões radiofónicas. A mesma autora afirma que quando um programa televisivo consista na transmissão de um espectáculo teatral, musical ou operático, o operador televisivo deve, para o efeito, obter o acordo, seja do proprietário do local da recolha das imagens, seja dos autores e dos intérpretes ou executantes, mas ressalva, ainda, a possibilidade de aplicação analógica daquele mesmo Art.º 52º¹⁵⁶ aos casos de transmissão televisiva. Se assim for, a licença compulsória que parece existir nos termos dos Art.º 51º e segs. da legge 22 aprile 1941 n. 633 para os casos de transmissão radiofónica aplicar-se-ia tanto a estes como aos de transmissão televisiva dos espectáculos¹⁵⁷.

¹⁵⁵ Na anterior legge 14 giugno 1928 n. 1352 o direito da entidade de radiodifusão, dizia-se, era exercido a título de expropriação por razões de utilidade pública - Cf. **Teresamaria Ferrati**, *Protezione dello Spettacolo e Radiotelevisione*, Rivista di Dottrine e Giurisprudenza, Ano XIX, NS, N.º 5, Setembro a Outubro de 1966, Dott. A. Giuffrè Editore, Milão, 1966, p. 601. -, agora na legge 22 aprile 1941 n. 633 prevê-se que nestes casos já não haja expropriação e que o autor receba uma retribuição que, em caso de desacordo é definida pelas autoridades judiciais (Art.º 56º).

¹⁵⁶ *Op. cit.*, p. 608.

¹⁵⁷ Mas note-se que o Art.º 79º, n.º 3 daquela lei autoral italiana afirma que a expressão radiodifusão (presente, de resto, no Art.º 51º que dispõe: “*In ragione della natura e dei fini della radiodiffusione, come servizio riservato allo stato, che lo esercita direttamente o per mezzo di concessioni, il diritto esclusivo di radiodiffusione, direttamente o con qualsiasi mezzo intermediario, è regolato dalle norme particolari seguenti.*”) comporta a emissão radiofónica ou televisiva. No entanto, o antecedente, a legge 14 giugno 1928 n. 1352, que continha regime muito semelhante ao previsto nestes Art.ºs 51º e segs, referia-se apenas às transmissões radiofónicas; neste sentido, também o Art.º 58º da lei autoral italiana em vigor prevê, para a transmissão pública de obra radiodifundida por receptores *sonoros munidos de alto-falantes*, uma compensação económica especial para os autores. Segundo este preceito parece que o que está em causa neste capítulo são, de

Carl E. Mayr, no seu artigo *Il produttore teatrale*¹⁵⁸, tece consideração teórico-jurídica sobre o direito ao espectáculo em relação à figura que dá o título ao seu artigo. Começa por reconhecer que a realização de um espectáculo exige um investimento e uma actividade coordenadora de factores numerosos e comporta um risco económico¹⁵⁹. Diz existirem, essencialmente dois tipos de sujeitos que contribuem para a produção teatral, aqueles que investem financeiramente e aqueles que apenas disponibilizam meios e que correspondem, ali, aos verdadeiros produtores, às companhias de teatro, aqui, aos titulares de salas de espectáculos¹⁶⁰. Reconhece que a apresentação pública de espectáculos dificilmente gera lucro, referindo que, no sector cultural inglês se tem vindo a observar uma crescente preocupação, descoberta e aposta em novas formas de rentabilizar os espectáculos, nomeadamente pela transmissão televisiva dos mesmos¹⁶¹. Afirmar que as novas formas de aproveitamento económico dos espectáculos estimula o estudo dos direitos de que o empresário se pode arrogar sobre o resultado da sua actividade¹⁶². Afirmar que, no direito italiano (de resto, como afirmámos quanto ao direito português) não existe qualquer definição de produção teatral mas apenas de produção cinematográfica. Considera, contudo, que o produtor teatral é sujeito indispensável e que desempenha um papel determinante na difusão cultural, o que corresponde à *ratio* dos direitos conexos, acrescentando que estes são criados para tutelar uma prestação organizativa que resulta num bem cultural, tutela essa devida ao facto de este se poder passar a encontrar em suporte que permite a

factos, apenas radiodifusões sonoras ou a sua previsão incluiria ainda exemplos de mecanismos técnicos de transmissão audiovisual.

¹⁵⁸ *Op. cit.*.

¹⁵⁹ *Op. cit.*, p. 351

¹⁶⁰ *Idem.*

¹⁶¹ *Op. cit.*, p. 353. Relembre-se o exemplo dado anteriormente por nós das transmissões em salas de cinema, em directo, de espectáculos apresentados por entidades inglesas (ver nossa Introdução).

¹⁶² *Op. cit.*, p. 354.

sua transmissibilidade e reprodutibilidade e, consequentemente, tornar-se facilmente apreensível e desfrutável por concorrentes e por consumidores finais¹⁶³.

Considerando Mayr que a lei italiana não prevê expressamente um direito pertencente ao produtor teatral, o que entende tratar-se uma lacuna legislativa, reconhece, ainda, que a doutrina e a jurisprudência italiana não se têm, de igual modo, debruçado sobre o assunto. Desenvolve, então, uma teoria que avalia a possibilidade de se atribuir ao produtor um direito absoluto¹⁶⁴ oponível *erga omnes*¹⁶⁵.

Por referência aos direitos reconhecidos na lei italiana aos clubes de futebol¹⁶⁶, este autor, afirma que o não reconhecimento de um direito igual aos produtores teatrais viola o princípio da igualdade, questionando porque um clube da Serie B dos campeonatos de futebol é titular de um direito sobre o aproveitamento económico do espectáculo (desportivo) que organiza e a Fundação Teatro alla Scala não¹⁶⁷. Por outro lado, Mayr refere que a aplicação analógica dos direitos conexos, face ao princípio da tipicidade aplicável aos direitos de propriedade intelectual, constitui um obstáculo ao reconhecimento de um direito ao espectáculo na esfera jurídica do produtor teatral. Defende, então, que existe um princípio geral (do qual decorre a previsão do direito exclusivo dos clubes sobre o espectáculo desportivo), que reconhece que a cada empreendedor caberá o resultado da sua própria actividade económica, admitindo ainda que os produtores teatrais possam recorrer ao instrumento da

¹⁶³ *Op. cit.*, p. 356.

¹⁶⁴ Nas palavras de **Oliveira Ascensão**, em *Direito Civil, Reais*, Coimbra Editora, Coimbra, 1993, pp. 613 e 614, direitos absolutos conferem “(...)um domínio reservado que todos têm de respeitar.” E acrescenta “Também os direitos intelectuais podem ser considerados direitos absolutos (...)”.

¹⁶⁵ **Carl E. Mayr**, *op. cit.*, p. 357.

¹⁶⁶ Sobre esta matéria e seu tratamento em Itália veja-se **Elisabetta Loffredo**, *L'impresa di spettacoli, anche sportivi ...*

¹⁶⁷ Neste sentido, cf. **Michel Bertani**, *Impresa Culturale e diritti esclusivi*, Quaderni di Annali Italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo, N.º 4, Guiffre Editore, Milão, 2000, pp. 307 a 309.

concorrência desleal e aconselha a que os mesmos contratem com todos os intervenientes no espectáculo, assim como com o público, as condições de exercício de ulteriores aproveitamentos económicos do mesmo¹⁶⁸.

Do exposto se conclui que esta é uma questão que está longe de ser respondida no âmbito do direito italiano¹⁶⁹.

Já o direito alemão prevê expressamente aquele a que temos vindo a apelidar de direito ao espectáculo.

O § 81 da lei autoral alemã (*Urheberrechtsgesetz*) dispõe que, se a exibição de obra protegida pelo direito de autor for organizada por um empresário, ao mesmo são reconhecidos os direitos previstos em § 77, secções 1 e 2, primeira parte, § 78, secção 1, que prevêem os direitos exclusivos do autor sobre utilizações da obra. Por efeitos daquele § 81 os organizadores dos espectáculos passam, assim, a

¹⁶⁸ *Op. cit.*, pp 358 a 365.

¹⁶⁹ **Bernard Geneste e Veronique Legros**, em *Les images du Sport: Le statut de retransmission au regard du droit communautaire de la concurrence*, Revue des affaires européennes, Paris, Ano 11-12, n.º 3, 2001-2002, p. 385, fazem uma referência curiosa ao facto de o Parlamento Europeu ter proposto uma alteração à Directiva “Televisão Sem Fronteiras” de 1989 (Directiva 89/552/CE do Conselho, de 3 de Outubro de 1989) permitindo aos Estados membros de intervir, adoptando uma lista de eventos desportivos que estes julguem de uma importância maior para a comunidade, assim, o Art.º 3º - bis da mesma Directiva passou a prever que cada Estado possa estabelecer uma lista de eventos desportivos que devem ser transmitidos em canais de acesso gratuito (Actualmente a mesma previsão encontra-se no Art.º 3º-J da Directiva 2007/65/CE do Parlamento Europeu e do Conselho - que veio alterar a anterior Directiva 89/552/CE -), e que dita o seguinte “*Cada Estado-Membro pode tomar medidas nos termos do direito comunitário para assegurar que os operadores televisivos sob a sua jurisdição não transmitam com carácter de exclusividade acontecimentos que esse Estado-Membro considere de grande importância para a sociedade, privando assim uma parte considerável do público do Estado-Membro em causa da possibilidade de acompanhar esses acontecimentos, em directo ou em diferido, na televisão de acesso livre. Se tomar essas medidas, o Estado-Membro deve estabelecer uma lista de acontecimentos, nacionais ou não nacionais, que considere de grande importância para a sociedade. Deve fazê-lo de forma clara e transparente, e atempadamente. Ao fazê-lo, o Estado-Membro em causa deve também determinar se esses acontecimentos devem ter uma cobertura ao vivo total ou parcial, ou, se tal for necessário ou adequado por razões objectivas de interesse público, uma cobertura diferida total ou parcial.*”. Da lista italiana consta, afinal, também um evento não desportivo mas um espectáculo de natureza artística que é o Festival da Canção Italiana de São Remo.

deter esses mesmos direitos sobre a apresentação por si organizada, a saber os direitos de autorizar a posterior reprodução e difusão daquela fixação (§ 77), bem como o direito de colocar a obra à disposição do público (§ 78).

A este direito do empresário aplicam-se, ainda, regras que definem, nomeadamente, a presunção *iuris tantum* da atribuição da sua qualidade de produtor, pelo facto de o mesmo assim vir mencionado nos locais habituais à mesma menção (§ 10, secção 1) ou regras contratuais de validade aplicáveis a contratos celebrados para formas de exploração desconhecidas do espectáculo (§ 31).

É a ordem jurídica alemã, como veremos, das ordens jurídicas estrangeiras analisadas, a única que prevê expressamente este direito e que disciplina, por remissão para a disciplina do direito de autor, de forma clara, segura e positivada, o conteúdo do direito do empresário sobre o espectáculo que organiza e que, curiosamente, não prevê idêntico direito aos organizadores de eventos desportivos¹⁷⁰.

No direito francês o *Code de la Propriété Intellectuelle* não prevê, nem em sede de direitos conexos (L. 211 a L. 217), nem na parte dedicada ao contrato de representação (L. 132-18 a L. 132-22), qualquer direito exclusivo do empresário sobre o espectáculo,

Curiosamente, encontrámos na doutrina francesa quem se debruce sobre esta questão. Pierre-Yves Gautier¹⁷¹ reconhece que os empresários de espectáculos sonham, como os produtores de

¹⁷⁰ Quanto à ausência de previsão de direito idêntico para os organizadores de eventos desportivos ver **Aaron E. Wise**, *Le “Droit de Propriété” sur un spectacle sportif points de vue de différentes jurisdictions*, *Revue Juridique et Economique du Sport*, Ed. Lamy, Paris, n.º 44, Setembro 1997, p. 19.

¹⁷¹ *Les droits d l’auteur d’une pièce de Théâtre...*, pp. 17 e 18.

fonogramas, de videogramas ou como os organismos de radiodifusão, em ser titulares de um direito conexo (*voisin*), isto é, de um direito exclusivo sobre os espectáculos por si produzidos. O autor descreve ainda que, à data da redacção do artigo em causa, os empresários de espectáculos haviam celebrado um acordo geral com a *Société des Auteurs et des Compositeurs Dramatiques* que garantia alguns direitos àqueles, nomeadamente um *droit de tournée*, nos termos do qual o primeiro empresário a apresentar a obra declara manter o interesse na exploração económica da peça em caso de circulação, ficando este com o dever de organizar a *tournée*; e o *droit d'adaptation audiovisuelle de l'oeuvre* que, por regra, gera uma importante fonte de rendimento, e que, não obstante ser raro que seja o próprio empresário do espectáculo a produzir o filme, permitir-lhe-á ceder a sua posição contratual a um produtor audiovisual e lucrar com esta mesma cedência. Estes direitos funcionam, ainda, como verdadeiros direitos de preferência. Note-se, contudo, que mesmo este direito de adaptação audiovisual pode não ser o de adaptação do próprio espectáculo, como resultado sequencial de sons ou imagens tal como foi produzido pelo empresário, mas da obra representada, pelo que não equivale ao direito ao espectáculo propriamente dito que, como vimos, corresponde ao poder do produtor autorizar ou impedir, entre um rol de outras utilizações, a fixação audiovisual da apresentação do mesmo, tal como este o produziu.

Ainda no que respeita ao direito francês, refira-se que o *Code du Sport*, no seu Capítulo III intitulado *Retransmission des Manifestation Sportives*, Título I, dispõe que *Les fédérations sportives, ainsi que les organisateurs de manifestations sportives mentionnés à l'article L.335-1 sont propriétaires du droit d'exploitation des manifestations ou compétitions sportives qu'ils organisent*. (L. 333-1), descrevendo nos artigos seguintes (L.333-1 a L.333-5) as formas de exercício destes direitos, designadamente através das ligas profissionais.

Assim, verifica-se que no direito francês existe, tal como no brasileiro, uma tutela positivada dos organizadores de espectáculos desportivos, sem que exista a mesma previsão e sem que esteja resolvida a protecção dos organizadores dos espectáculos de natureza artística.

De entre os países da *common law* o assunto está tratado de diferentes maneiras.

No Reino Unido não existe uma definição legal de direitos de transmissão televisiva de espectáculos, nem mesmo no que respeita aos espectáculos desportivos. Adrian Barr-Smith¹⁷² refere, no entanto, uma decisão Australiana que, em caso de necessidade, diz, poderá servir de recurso a decisões judiciais dos tribunais do Reino Unido, não obstante a decisão daqueloutro país se referir a transmissão radiofónica; é a decisão proferida no caso *Victoria Park Racing and Recreation Grounds Company Ltd v. Taylor and others*.

O caso consistiu no facto de Taylor ter erigido em propriedade sua, contígua ao terreno em que se realizava a corrida de cavalos, uma plataforma de onde conseguia assistir à mesma e ter acordado com o segundo réu que este transmitiria daí, através da sua estação de rádio, os acontecimentos e resultados da corrida durante a sua realização. O organizador da corrida intentou acção contra aqueles, com o fundamento de que a referida transmissão afastaria potenciais espectadores presenciais e o faria, consequentemente, perder receita de bilheteira. Tanto o tribunal de primeira instância, como o Tribunal de recurso rejeitaram a pretensão daquele organizador. O tribunal de recurso (*High Court of Australia*) considerou mesmo que, não obstante o tempo e dinheiro que o organizador investira na realização da corrida, não lhe reconhecia qualquer titularidade sobre

¹⁷² United Kingdom, in AAVV, TV Rights and Sports Legal Aspects, organizado por Ian Blackshaw e Steve Cornelius, Robert Siekman Editores, Haia, 2009, p. 550.

os acontecimentos da mesma nem qualquer direito exclusivo sobre estes, que lhe permitisse impedir terceiros de explorá-la, mesmo sem autorização do organizador, afirmando Latham CJ: “(...) *The court has not been referred to any authority in English law which supports the general contention that if a person chooses to organize an entertainment or do anything else which other persons are able to see, he has a right to obtain from the court an order that they shall not describe to anybody what they see (...) I find difficulty in attaching any precise meaning to the phrase «property in a spectacle». A «spectacle» cannot be ‘owned’ in any ordinary sense of that word.*” A visão inglesa desta decisão, descrita por Dixon J¹⁷³, refere que os tribunais na jurisdição britânica não reconhecem protecção sobre elementos intangíveis de valor que possam decorrer do uso, por qualquer pessoa, dos seus poderes, recursos ou capacidades na organização de certo negócio - diferentemente dos Estados Unidos que reconhecem direitos ‘*quasi-property*’ sobre valores gerados por empreendedorismo, organização e trabalho, entre eles os apelidados *broadcasting rights in Sporting events* através da doutrina da *commercial misappropriation*¹⁷⁴.

Não obstante a lei britânica não reconhecer os direitos exclusivos de transmissão de um evento desportivo, os respectivos organizadores devem exercer, na opinião de Barr-Smith¹⁷⁵, com especial acuidade, os *arena rights* (direitos de acesso ao recinto) e contratar com os espectadores as limitações de fixação e de difusão das imagens do evento. Reconhece ainda que a ausência deste direito de propriedade sobre o evento gera anomalias, uma vez que o organizador tem dificuldade em limitar as explorações parasitárias dos espectáculos

¹⁷³ Citado por **Adrian Barr-Smith**, *op. cit.*, p. 551.

¹⁷⁴ Ver **Aaron E. Wise**, *op. cit.*, p. 15: “*L’idée selon laquelle l’organisateur a une sorte de droit de propriété sur son événement sportif, suffisant pour éviter tout détournement au profit d’autrui, n’étant pas adoptée par les tribunaux du Commonwealth comme elle l’est par les tribunaux américains (...)*”.

¹⁷⁵ *Op. cit.*, p. 553.

desportivos, nomeadamente porque, nos termos da legislação de *copyright* o que resulta é que, uma vez fixado para transmissão televisiva um evento desportivo, é ao organismo de radiodifusão que cabe, a partir daí um direito exclusivo sobre o material audiovisual sobre o jogo e que, nomeadamente, terá o direito de autorizar ou impedir ulteriores utilizações das imagens daquele.

Neste enquadramento legislativo os clubes acabaram por se organizar através de Códigos de Conduta, entre si e com os organismos reguladores das actividades e, no futebol, é a *Premier League* que negocia os direitos de acesso aos recintos onde se realizam os jogos dessa liga de competição. Cada clube recebe uma parte igual das receitas obtidas com a concessão destes direitos com pagamentos adicionais conforme o resultado obtido no jogo¹⁷⁶.

O que se verifica nos espectáculos de natureza artística, e na ausência de qualquer previsão no *Copyright Designs and Patents Act 1988* de qualquer direito ao espectáculo a favor do produtor, é que, tal como no sector desportivo, as entidades organizadoras dos eventos criaram, pela via contratual, instrumentos de regulamentação da actividade que, neste caso, lhes permitem exercer de forma concertada os direitos de exploração audiovisual dos espectáculos que produzem, adquirindo-os por transmissão dos artistas.

Assim, as licenças para a produção e apresentação pública profissional de peças de teatro, musicais, óperas e ballets e outros tipos de representação cénica, são negociadas com os autores ou com os seus representantes, através dos chamados *stage license agreements* que, por forma a não pôr em risco o investimento na

¹⁷⁶ **Tom Thomas e Ross Thomson**, Negotiation, bundling and competition law – current issues facing those involved in sports broadcasting rights, *Sports Law Administration & Practice*, Volume 11, Nr. 5, Outubro 2004, p. 2.

produção, limitam o exercício pelos autores dos direitos residuais cujo objecto sejam as obras representadas¹⁷⁷.

Neste seguimento, as principais entidades do sector, reunidas em organismos representativos dos seus interesses, celebraram contratos de licença tipo – os mencionados *stage license agreements* - com entidades de gestão colectiva dos autores, nos quais, para além dos direitos a produzir e apresentar cénica e publicamente a obra, se ressalvam alguns interesses dos produtores, a saber, os direitos de exploração audiovisual dos espectáculos, assim como em caso de digressão¹⁷⁸. Por exemplo, *The Collective Agreement between the Theatre's National Committee and the Uniter's Guild of Great Britain and the Theater's Writers Union* - que estabelece os termos base em que aos autores é encomendada a escrita de uma peça -, conforme descrito por Leslie E. Cotterell¹⁷⁹, “(...) confers on a producer the right to participate in the royalties or revenues an author receives from the wider exploitation of the play (...)” (desde que tenha efectuado um mínimo de 25 apresentações desta), prevendo ainda que “Any disposition by an author during the term of the agreement of the television broadcasting and film rights in the play in any part of the world is subject to his first consulting the producer and to the terms of any disposition having been negotiated in good faith”. Desta regra decorre que pela negociação de direitos de transmissão televisiva ou de fixação fonográfica o produtor receberá cerca 20 % (vinte por cento) da receita bruta percebida pelo autor, e que pelos direitos de produção cinematográfica, o produtor terá o direito a participar nas receitas do autor, embora com um cálculo de percentagem diferente

¹⁷⁷ Leslie E. Cotterell, *op. cit.*, 1993, p. 443.

¹⁷⁸ À semelhança do que acontece em França. Este direito sobre a digressão é, como veremos, uma questão importante a ponderar enquanto forma de ulterior exploração de um espectáculo que, face à posição do produtor, merece que se equacione, de igual modo, formas de protecção do investimento deste.

¹⁷⁹ *Op. cit.* pp. 446 e segs.. Este autor esclarece, ainda, que a expressão *writer* inclui quem adapta texto preexistente, compõe obra musical, ou escreve texto para obra musical, incluindo libreto.

que começa, por exemplo, nos 10% (dez por cento) - se as receitas forem entre £ 5.001,00 (cinco mil e uma libras) mas menos de £ 10.000,00 (dez mil libras) -, e que vai aumentando à medida que as receitas do autor também vão crescendo, conforme especificamente previsto no contrato.

Por outro lado, e no que respeita aos artistas intérpretes ou executantes o *Copyright Designs and Patents Act 1988* prevê, na sua secção 185¹⁸⁰, que estes possam transferir para outra pessoa singular ou colectiva o direito a fixar, para efeitos comerciais, as suas prestações artísticas, considerando-se fins comerciais a distribuição e a comunicação pública das prestações, pelo que este tipo de negócio será sempre um meio à disposição dos produtores para adquirirem, para os espectáculos que produzem, do direitos à exploração audiovisual dos mesmos. O mesmo se pode dizer quanto ao conteúdo do *copyright*, que nos termos da secção 90 daquele diploma, pode ser transmitido “(...) *to one or more, but not all, of the things the copyright owner has the exclusive right to do (...)*” [secção 90 (2) (a)] e que, desta forma, permitirá ao produtor adquirir, juntamente com o direito de representar a obra, o direito a explorar o espectáculo em que a obra se insere, depois de áudio ou audiovisualmente fixado.

Da análise efectuada do direito britânico parece que não existe, naquele ordenamento, qualquer direito ao espectáculo enquanto direito próprio do produtor sobre o valor autónomo que é a performance, mas que está ao alcance deste, por aquisição derivada dos direitos de fixação, reprodução, distribuição e comunicação

¹⁸⁰ No mesmo lê-se:

Exclusive recording contracts and persons having recording rights

(1) *In this Chapter an “exclusive recording contract” means a contract between a performer and another person under which that person is entitled to the exclusion of all other persons (including the performer) to make recordings of one or more of his performances with a view to their commercial exploitation.*

(...)

(4) *In this section “with a view to commercial exploitation” means with a view to the recordings being sold or let for hire, or shown or played in public.”.*

pública, negociada com os autores e com os artistas intérpretes ou executantes, adquirir estes mesmos direitos na sua esfera jurídica, gerando assim receitas próprias. Para além disto, estamos em crer, na senda de Barr-Smith¹⁸¹, que os *arena rights*, enquanto direito de autorizar o acesso ao recinto, permitirão ainda negociar contrapartidas próprias com as entidades que pretendem difundir o espectáculo, nomeadamente na, mencionada na nossa Introdução, nova forma de exploração dos espectáculos, por transmissão em directo em salas de cinema e que gerarão, por si, outro modo de percepção de receitas pelo próprio produtor. Todos estes direitos decorrem, no entanto, neste ordenamento, de fonte meramente contratual.

Já trás mencionámos o caso decidido pelos tribunais australianos *Victoria Park Racing and Recreation Grounds Company Ltd v. Taylor and others*. Esta decisão criou um princípio de que não existe qualquer direito de propriedade sobre o evento desportivo em si¹⁸². Para ultrapassar este princípio foi publicado na Austrália diploma legal que pretendia inverter o efeito da decisão proferida naquele processo.

Esse diploma é o *Broadcasting Act 1942*, cuja secção 115, *Televising of sporting events and entertainments*, contém a seguinte disposição: “*The Commission or the holder of a license for a commercial television station shall not televise, either directly, or by means of any recording, film or other material or device or otherwise, the whole or a part of a sporting event or other entertainment held in Australia, after the commencement of this section, in a place to which a charge is made for admission, if the images of the sporting event or other entertainment originate from the use of equipment outside that place.*”. Assim passando a proibir aproveitamentos do espectáculo por terceiros que

¹⁸¹ *Op. cit.*, p. 553.

¹⁸² *Adrian Barr-Smith, op. cit.*, p. 553 a 556.

tenham acesso às imagens e /ou sons do mesmo desde fora do recinto.

Este preceito parece, assim, abranger, ainda, não só eventos desportivos mas também outros espectáculos. Já o australiano *Copyright Act 1968* não prevê qualquer direito a favor dos organizadores de espectáculos artísticos, mas apenas aos produtores de fonogramas cujo conteúdo consista em espectáculos ao vivo (secção 100AA e segs.) atribuindo-lhes um direito sobre os mesmos fonogramas nos seguintes termos: *On and after the day on which this section commences, all makers of a sound recording of a live performance are owners of any copyright subsisting in the recording by virtue of this Part.*”. O que é particularmente injusto pois atribui um direito ao produtor do fonograma ou do videograma sem atribuir qualquer direito ao produtor do próprio espectáculo que equilibre no mercado do aproveitamento económico do evento a posição jurídica e patrimonial deste.

Finalmente, no direito norte-americano, como adiantámos acima, é reconhecido um *quasi-property right* aos organizadores de eventos desportivos, aos clubes e às ligas.

Remonta a 1921 a venda, pela *Major League Baseball*, dos direitos de cobertura do jogos da *World Series* a várias estações de rádio. Em 1934, uma estação denominada WOCL, ouvindo os relatos das estações autorizadas, emitia ela própria uma descrição do que ouvia, abstendo-se, assim, de pagar àquela liga qualquer valor pela transmissão radiofónica do conteúdos das partidas. Quando esta estação tentou renovar a sua licença administrativa de transmissão a *Major League Baseball* apresentou oposição, alegando que a WOCL

violara uma disposição – a secção 325 (a)¹⁸³ – do *Communications Act of 1934* que impedia retransmissões das emissões de outras estações radiofónicas. A entidade competente (*Federal Communications Commission*) entendeu que o comportamento da estação WOCL consistia numa utilização abusiva do resultado do trabalho de outrem mas que, uma vez que não havia uma transmissão do programa em si de outra estação, pois não havia reprodução do mecânica do sinal, não se verificava a violação daquela norma¹⁸⁴.

Alguns anos mais tarde a contestação do aproveitamento parasitário por estações de rádio da descrição de jogos de *baseball* chegou aos tribunais. Em 1938, no caso *Pittsburgh Athletic Co. v. KQV Broadcasting Co.*, discutiu-se o relato jogada-a-jogada, efectuada por observadores fora do recinto da equipa (*Pittsburgh Pirates*). No âmbito deste processo, o tribunal declarou que, por razões que se prendiam com a criação do jogo, o controle de acesso ao recinto, atribuíra um direito de propriedade sobre as notícias do jogo e o direito a controlar, durante um período de tempo razoável após o jogo, essa informação, concluindo que a estação KQV se tinha ilegítimamente apropriado daqueles direitos (de propriedade) do clube¹⁸⁵.

Outras decisões foram proferidas a favor da titularidade exclusiva dos direitos de transmissão de eventos desportivos a favor dos clubes. Em *Baltimore Orioles v. Major League Baseball Players Association* o tribunal qualificou os jogos como *copyrighted works made of hire* e declarou que os clubes, nos termos da (actual) secção 101 do *Copyright Act*, como empregadores dos jogadores, cuja

¹⁸³ Que dispunha: “(...) *nor shall any broadcasting station rebroadcast the program or any part thereof of another broadcasting station without the express authority of the originating station.*”

¹⁸⁴ Ver **John T. Wolohan**, *United States*, in AAVV, *TV Rights and Sports Legal Aspects*, organizado por Ian Blackshaw e Steve Cornelius, Robert Siekman Editores, Haia, 2009, p. 569.

¹⁸⁵ *Idem*, pp. 569 e 570.

actividade implicava uma performance perante espectadores ao vivo e telespectadores, detinham em exclusivo aqueles direitos¹⁸⁶.

Neste ordenamento jurídico, a matéria da transmissão televisiva de eventos desportivos encontra-se, ainda, tratada no *Sports Broadcasting Act* que excepciona a negociação destes direitos das normas gerais da concorrência, permitindo a sua concentração, em exclusivo, na respectiva liga representativa dos clubes.

Mais afirma Elenn Wong¹⁸⁷ que com a publicação e entrada em vigor do *Copyright Act of 1976* se estendeu protecção autoral às transmissões em directo de eventos desportivos, tendo o *Copyright Royalty Tribunal* (criado pelo mesmo diploma legal) decidido que o *copyright* sobre o jogo que está a ser transmitido pertence à entidade organizadora do evento objecto da transmissão e não ao organismo de radiodifusão.

Percebe-se, assim, que no direito norte americano está reconhecido, pelo seu sistema judiciário, determinante num país de *common law*, um verdadeiro direito de propriedade dos clubes (ou ligas) sobre os eventos desportivos que estes organizam, como resultado de uma actividade de investimento e organização, do seu trabalho¹⁸⁸.

Como descreve Wong¹⁸⁹, em casos de uso não autorizado de conteúdos do resultado daquela actividade, os tribunais (dos Estados Unidos da América) têm qualificado tais comportamentos como de apropriação ilegítima de um direito de propriedade sobre os jogos, sendo o direito de propriedade entendido *como aquele que pertence*

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 571.

¹⁸⁷ *Essentials of Sportslaw*, 3rd Edition, Ed. Praeger, Connecticut, USA, 2002, pp. 664 e 665.

¹⁸⁸ Em **Aaron N. Wise**, *op. cit.*, p. 7, lê-se: “*La jurisprudence américaine est constante quant à la reconnaissance d’un droit de propriété de l’organisateur sur son spectacle sportif (...)*”.

¹⁸⁹ *Op. cit.*, pp. 664 e 665.

exclusivamente a alguém (...) o pleno e exclusivo direito a algo; o direito a dispor de uma coisa em todas as formas legalmente admissíveis, a possuí-la, a usá-la, e a excluir qualquer outra pessoa de interferir nessa disposição. (tradução nossa)

Parece-nos, assim, que face à figura do produtor de espectáculos de natureza artística, o reconhecimento judicial acima descrito de um direito de propriedade sobre o resultado de uma actividade que comporta investimento de tempo, esforço e dinheiro, resultaria em conclusão idêntica, atributiva desse mesmo direito aos organizadores deste tipo de espectáculos.

Tentando fazer uma breve resenha dos direitos analisados, começemos por destacar o direito alemão que positiva o direito ao espectáculo, e o regula por remissão para o conteúdo do direito de autor. No mais, as restantes ordens jurídicas não vêem este direito previsto na lei para os produtores de espectáculos de natureza artística.

Embora no direito brasileiro também se encontre positivado um direito sobre o evento, este apenas abrange o espectáculo desportivo - é o chamado direito de arena.

No direito italiano reclama-se doutrinariamente a positivação de um direito ao espectáculo para os produtores de espectáculos de natureza artística, assim como no direito francês, reclamando-se tratamento igual face aos organizadores de eventos desportivos aos quais é reconhecido o direito exclusivo de exploração audiovisual dos eventos que organizam.

Nos países da *common law* o assunto é tratado de forma (quase) diametralmente oposta. No ordenamento inglês, não existe previsão legal ou qualquer reconhecimento jurisprudencial de um direito de

propriedade ou de outra natureza sobre um evento organizado por uma entidade (nem mesmo assim se reconhecendo quanto aos espectáculos desportivos). No direito norte americano parece haver um reconhecimento jurisprudencial de um direito sobre o resultado de uma actividade organizativa, no âmbito do desporto, que poderá fundamentar o direitos dos produtores de espectáculos.

4. TITULAR DO DIREITO AO ESPECTÁCULO

O Art.º 117º do CDADC atribui ao *empresário* o direito de autorizar ou proibir a fixação, assim como a reprodução, a distribuição ou a comunicação pública da representação cénica que este levou a cabo¹⁹⁰.

Já acima propugnámos pela sinonímia entre empresário e produtor de espectáculos, pelo que adiante nos referiremos a esta figura como produtor.

Parece evidente decorrer daquele preceito que o titular do direito ao espectáculo é o respectivo produtor. Esta conclusão é a que se encontra assumida genericamente na doutrina portuguesa e estrangeira como a mais correcta, tanto quando está em causa um espectáculo de natureza artística como quando está em causa um espectáculos desportivo¹⁹¹.

¹⁹⁰ Ver nosso ponto, abaixo, sobre o conteúdo do direito ao espectáculo.

¹⁹¹ Na doutrina portuguesa encontramos **Oliveira Ascensão**, que na sua obra *Titularidade...*, pp. 300 e 308, atribui ao clube de futebol “(...) como responsável e organizador do espectáculo desportivo (...) um direito intelectual. Esse é o direito ao espectáculo(...)”; À semelhança, **Maia Oliveira**, *op. cit.*, p. 13, sobre o titular do direito ao espectáculo no desporto afirma “No primeiro nível colocam-se os produtores do bem objecto do desfrutamento económico (...) ou seja, os titulares do direitos televisivos. Estes titulares são (...) os organizadores dos eventos desportivos objecto da transmissão televisiva.” Na doutrina estrangeira deparamos com **Nerea Sanjuán**, *op. Cit.*, pp. 298 e 303, na qual se lê “(...) pueden ser

A razão de ser de o titular do direito ao espectáculo ser o produtor do mesmo resulta, desde logo, do fundamento da existência do próprio direito¹⁹². Se o motivo do aparecimento deste direito é a necessidade de proteger o resultado, de natureza intelectual, de uma prestação empresarial, por forma a que o mesmo resultado não seja explorado economicamente de forma parasitária - isto é, por quem em nada contribuiu para o seu aparecimento -, o titular do direito exclusivo de operar essa mesma exploração económica só pode ser o agente que leva a cabo essa mesma prestação empresarial. No caso dos espectáculos de natureza artística (que ocupam o centro da nossa análise - já que os espectáculos desportivos são apenas uma realidade a que recorreremos para efeitos de integração e enquadramento do nosso estudo, por se tratarem de situação análoga) são os produtores desses mesmos espectáculos públicos.

Assim, é a convicção da necessidade de protecção do resultado das prestações empresariais, o que determina que se atribua ao empresário que investe, organiza e apresenta o espectáculo, o direito exclusivo de decidir em que condições um terceiro - relembre-se, que em nada contribuiu ou que nada investiu para o aparecimento daquele bem no mercado -, poderá explorar economicamente o bem que aquele empresário produziu, que, no fundo, proporcionou.

Mas identificar a entidade que investe, organiza e apresenta o espectáculo público nem sempre é tarefa isenta de dúvidas.

considerados titulares de estes derechos los organizadores del evento que es objeto de captación y difusión, ya que son ellos quienes hacen posible la organización del mismo.” e adita “(...) se puede concluir que el criterio general para determinar la titularidad de derechos audiovisuales sobre eventos deportivos consiste en identificar en cada supuesto quién asume el riesgo empresarial global de organizar el evento deportivo (...)” Por último, citemos **Dan Harrington**, *Sports Rights & the Media – Part One – Public Domain or Private Property?*, Sports Law Administration & Practice, Volume 8, Nr. 5, Dezembro 2001, p. 9 “(...)« sports rights holders » meaning the entity which (...) is responsible for the staging, organization, administration and commercial exploitation of the sports event in question.”

¹⁹² Ver nosso ponto sobre o fundamento do direito ao espectáculo.

Já acima tentámos encontrar a definição de produtor de espectáculos. Também tentámos definir a qualidade de co-produtor de espectáculos, tendo ainda tentado encontrar a relação entre este conceito, de produtor, e o conceito de promotor utilizado pelo CDADC para os casos em que, em vez de numa representação cénica, o espectáculo apresentado consista, antes, numa mera recitação ou execução¹⁹³. Falta, agora, retirar as consequências que a subsunção ou não das entidades em causa àqueles conceitos comporta quanto à titularidade deste direito, o mesmo é dizer, falta verificar se uma entidade, sendo qualificada como produtor, co-produtor ou promotor de um espectáculo é automaticamente ou não titular do direito ao espectáculo.

O que releva, em nosso entender, para que determinado agente seja considerado titular do direito ao espectáculo é o facto de o mesmo desempenhar um papel que justifica que goze de um direito que o proteja de aproveitamentos parasitários, por terceiros, do objecto que a sua intervenção permitiu criar – o espectáculo. Ora, tendo identificado o fundamento do direito no investimento e no esforço produtivo levado a cabo pelas entidades que, com estes contributos, tornam possível a concretização do espectáculo, a coerência do instituto conduz-nos a concluir que produtor de espectáculos, enquanto empresário titular do direito ao espectáculo, é tanto o mero investidor, quanto aquele que desenvolve o efectivo esforço produtivo desde que este último o faça à custa do seu património.

Mas a questão do mero investidor só se coloca se com este trabalhar outro agente que leve a cabo a produção, enquanto processo de concretização material efectiva, do espectáculo. E neste caso, da existência de um mero investidor, duas situações podem ocorrer: ou

¹⁹³ Ver ponto 2. do presente trabalho.

este contrata uma outra entidade que nada investe de seu na produção nem nada arrisca na exploração económica do espectáculo, e que, portanto, tipicamente presta um serviço que lhe é pago e que lhe reembolsa todos os custos do processo produtivo (e, ainda, quiçá, uma margem de lucro), e estamos perante a contratação pura de uma prestação de serviços; ou o mero investidor se associa a outra entidade que, como este, aplica e suporta alguns custos de produção e pode ou não assumir o risco daquela exploração económica. Nestas duas hipóteses encontramos dois produtores investidores mas apenas, na segunda, o produtor que desempenha a actividade de produção propriamente dita poderá ser titular do direito ao espectáculo.

Vejamos pois que, como dissemos, na primeira hipótese levantada não encontramos qualquer investimento na produção nem a assunção de qualquer risco na exploração do evento pela entidade que leva a cabo o processo de produção, o que faz deste agente um mero prestador de serviços ao qual não podemos chamar de empresário do espectáculo pois não o produz com o intuito de o comercializar, receber o seu retorno directamente da apresentação deste, antes presta um serviço, pelo qual é pago, aí terminando a sua relação económica com o espectáculo. Na verdade não difere de qualquer fornecedor de serviços que seja preciso contratar para a execução do espectáculo. É um produtor executivo que desenvolve tarefas práticas de materialização do evento. Por regra, vem assim assinalado nas fichas técnicas dos espectáculos, como responsável pela “produção executiva”.

Assim, a qualidade de produtor do espectáculo, integra, desde logo, uma de duas exigências, investimento próprio ou assunção de risco na exploração.

Já na segunda hipótese aventada estaríamos perante um contrato de co-produção, pelo qual duas ou mais partes se associam, investindo a expensas suas, tendo como objectivo a realização de um espectáculo. Se optámos por determinar a qualidade de produtor, no parágrafo anterior, pelo disjuntivo *ou*, foi porque entendemos que, caso determinada entidade não invista financeiramente na produção do espectáculo porque, por hipótese, foi contratada pela entidade financiadora que lhe custeou todas as despesas com a produção executiva do espectáculo até ao *break-even*, mas que aceita ser retribuída pelo seu serviço de produção executiva através das receitas que o espectáculo gerar, a mera assunção do risco na exploração económica do espectáculo justifica que a faculdade de obter receitas com a concessão da autorização para fixação, reprodução, distribuição e comunicação ao público do espectáculo lhe seja, de igual modo, atribuída. Por isso, entendemos ser de lhe atribuir, nestes casos, a qualidade de co-produtor.

Até aqui podemos, então, concluir que serão titulares do direito ao espectáculo as entidades que ou investem na sua produção ou assumem um risco da exploração económica do espectáculo, independentemente de qual destas desenvolve o processo produtivo de concretização material do mesmo, sendo que o desempenho deste esforço sem um daqueles dois posicionamentos, não é suficiente, em nossa opinião, para fazer de certa pessoa jurídica, titular do direito ao espectáculo.

No Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República de 1993 já acima referido afirma-se *“No que se refere à actividade teatral, os organizadores dos espectáculos poderão ser as empresas exploradoras dos respectivos recintos. Mas poderão ser também as companhias de teatro (nacionais ou estrangeiras) que, a título (mais ou menos) estável ou accidental, actuem numa certa sala de espectáculos. Com efeito, é prática frequente a cedência das referidas*

casas a companhias ou entidades que assumam a responsabilidade pela organização dos espectáculos.”¹⁹⁴

Algumas palavras quanto às, aí mencionadas, *empresas exploradoras dos respectivos recintos*. Já atrás referimos, aquando da definição de produtor de espectáculos (ver nosso ponto II. 2) que estas entidades, caso cedam os seus recintos de espectáculos, mesmo que equipadas com o seu equipamento e equipa técnica para a apresentação do espectáculo não são, só por este motivo, produtores do mesmo. Tomemos como exemplo a hipótese em que um espectáculo já produzido, isto é pronto para ser apresentado ao público, circula em digressão e, para tanto, contrata com uma entidade que explora uma sala de espectáculos a disponibilidade da mesma, incluindo do seu material e equipa técnica para a apresentação do espectáculo, mediante o pagamento de um preço fixo. Neste caso, não entendemos, de todo, que a entidade exploradora da sala possa ser considerada titular do direito ao espectáculo sobre o que aí é apresentado com base neste termos negociais, isto porque, não há propriamente um investimento na concepção e materialização do mesmo, assim como não se verifica a assunção de qualquer risco na exploração do espectáculo. O que há é um negócio jurídico através do qual aquela entidade na possa daquela sala de espectáculos, loca à entidade que organiza e apresenta o espectáculo o seu activo material. No fundo, o que aqui nos leva a concluir neste sentido é a mesma razão que nos levou a excluir, acima, o produtor meramente executivo da esfera dos titulares do direito ao espectáculo – não existe um investimento na concretização do espectáculo, na formação da conexão de obras, na realização de prestações artísticas e, eventualmente, na aquisição de elementos adicionais, como materiais cenográficos, figurinos, adereços, desenhos de som ou de luz, assim como não existe qualquer

¹⁹⁴ Parecer n.º 17/93, disponível em <http://www.dgsi.pt/pgrp.nsf/Por+Relator/D5DA082E5232B5E88025661700420EE3/?OpenDocument>

risco para esta entidade gestora da sala de espectáculos, pela exploração económica do mesmo, já que o preço que cobra deverá cobrir os custos de apresentação do espectáculo e, tendencialmente, a sua margem de lucro.

Resta, então, saber se, sendo o negócio com a entidade meramente exploradora do recinto formulado, prevendo, como retribuição desta, a totalidade ou parte receita de bilheteira, a presença do risco na exploração do negócio - na medida em que a mesma será paga na medida do que o espectáculo vender -, fará desta titular do direito ao espectáculo. A resposta, parece-nos, deve ser parcialmente positiva. Será negativa quanto às apresentações do espectáculo que ocorram noutra local, mas positiva face às apresentações que tenham lugar na sala sob sua égide.

Aliás, corroborando esta nossa posição, encontramos, no CDADC, o Art.º 151º, inserido na Secção IV (Da Radiodifusão e outros processos destinados à reprodução dos sinais, dos sons e das imagens), do seu Capítulo III – Das Utilizações em Especial, que reza da seguinte forma:

Art.º 151º (Pressupostos Técnicos)

O proprietário de casa de espectáculos ou de edifício em que deva realizar-se a radiodifusão ou comunicação prevista no Art.º 149º, o empresário e todo aquele que concorra para a realização do espectáculo a transmitir são obrigados a permitir a instalação dos instrumentos necessários para a transmissão, bem como as experiências ou ensaios técnicos necessários para a boa execução desta.

Deste preceito, para o que nos interessa, devemos tirar duas ilações. A primeira consiste no facto de do mesmo se perceber que o proprietário da sala de espectáculos (devendo ler-se não

necessariamente aquele que é efectivamente proprietário do imóvel mas a entidade que tem a sua posse e o explora) nem sempre coincide com o empresário do espectáculo. A segunda ilação é que este artigo visa disciplinar a relação prática entre a entidade responsável pela operação técnica da radiodifusão e todos os agentes que contribuem para a apresentação do espectáculo - incluindo operadores técnica do mesmo e colaboradores artísticos -, num momento posterior à concessão de todas as autorizações necessárias para a dita radiodifusão. Estas autorizações caberão aos titulares de todos os direitos de autor e conexos implicados no espectáculo, incluindo nestes últimos os artistas intérpretes ou executantes, o(s) titular(es) do direito ao espectáculo e, ainda, eventuais produtores de fonogramas ou videogramas cujos registos sejam usados durante o espectáculo, nomeadamente caso se use música ou conteúdo audiovisual fixado e previamente produzido num daqueles suportes.

Com isto podemos dizer que, entidade exploradora de sala de espectáculos que não seja produtora (no sentido de investidora ou de parceira no risco da exploração do espectáculo) do espectáculo que se pretende radiodifundir, é obrigada, nos termos da lei, a permitir essa mesma radiodifusão e a colaborar na sua realização, sem ter qualquer legítimo direito a impedi-lo, tendo mesmo a obrigação de contribuir e auxiliar a entidade responsável por esta comunicação pública do espectáculo a conseguir proceder à emissão em causa.

Outra figura que importa analisar, tal como referimos no início do presente ponto do nosso trabalho, é a do promotor de espectáculos. Esta é uma expressão que encontramos no CDADC nos Art.ºs 121º e segs., dedicados à recitação e à execução, claramente em substituição do vocábulo *empresário* empregado no âmbito da representação cénica.

Já anteriormente distinguimos a recitação e a execução da representação cénica pela ausência ou presença, respectivamente, do jogo cénico. Este jogo cénico não é apenas composto pela encenação, isto é, pela determinação das entradas de saída de cena e das movimentações cénicas. Tendencialmente é acompanhado de um conjunto de outros elementos que o permitem e integram, criando ambientes, reproduzindo locais, épocas da História, épocas do ano, contextos sonoros ou luminosos. Desta realidade e da desnecessidade, por regra, destes elementos para o caso da mera execução musical ou da mera leitura ou recitação de um texto, parece decorrer que o legislador atribui papéis diferentes, de diferente intensidade ao empresário na representação cénica e ao promotor do espectáculo na execução e na recitação.

Não podemos esquecer, porém, que o Art.º 121º, n.º 2 do CDADC manda aplicar ao contrato celebrado para a recitação ou para a execução, no que não for especialmente regulado, o disposto na secção para a representação cénica, contanto que seja compatível com a natureza da obra e da exibição.

A letra deste preceito manda aplicar ao contrato para a recitação e execução as regras da secção precedente. Uma interpretação literal da norma excluiria a aplicação do Art.º 117º já que esta é uma regra que não regula propriamente o contrato entre o empresário e o autor, estabelecendo, antes, um direito exclusivo ao empresário, oponível *erga omnes*, e portanto, perante terceiros, de autorizar ou proibir novas utilizações do espectáculo por estes. Não preconizamos esta leitura limitativa.

Na verdade, uma interpretação extensiva desta norma, permite retirar não da sua letra mas do seu espírito¹⁹⁵, a aplicabilidade de

¹⁹⁵ Vide Elsa Sequeira Santos, *op. cit.*, p. 475.

regras previstas para os casos de representação cénica aos casos de recitação e de execução mesmo que não regulem a relação contratual propriamente dita. Também recorrendo a uma interpretação extensiva do Art.º 117º podemos estender a titularidade do direito ao espectáculo aos promotores de espectáculos. Esta é, ainda, a conclusão a retirar de uma interpretação teleológica¹⁹⁶ deste último preceito referido.

Como já sobejamente exposto o fundamento do direito ao espectáculo consiste na necessidade de proteger a prestação empresarial de quem investe e desenvolve o esforço produtivo de realização de um espectáculo. Se é certo que na recitação e execução há componentes da concepção do espectáculo, que fazem parte da representação cénica, e que não estão ali presentes, e que esta pode ser razão suficiente para distinguir tipos de apresentação pública e algumas diferenças de regime na relação com o autor da obra representada, a mesma razão já não funda, certamente, uma diferença na qualificação enquanto “empresa”¹⁹⁷ de um ou outro tipo de espectáculos ou de “empresário” entre o produtor de uma representação cénica ou o promotor de um espectáculo de recitação ou de execução.

Queremos com isto dizer que, independentemente do tipo de espectáculo ser de representação cénica ou de recitação ou de execução, será sempre necessário aquele que invista na contratação dos meios humanos e materiais técnicos e artísticos, nas autorizações quanto às obras a apresentar, na obtenção do local para apresentação do espectáculo, assim como na sua publicidade.

¹⁹⁶ O elemento teleológico é o que encontramos na justificação social da lei. Cf. **Oliveira Ascensão**, *Introdução...*, p. 396.

¹⁹⁷ Empregamos aqui a expressão “empresa” no sentido que **Oliveira Ascensão** lhe dá quando afirma “*Todo o espectáculo é uma empresa. Há que assegurar contribuições várias para uma finalidade única.*”, em *O Direito ao Espectáculo...*, p.145.

Na verdade, podemos até imaginar um espectáculo de execução musical mais complexo do que uma peça de teatro encenada. Com efeito, existem espectáculos de natureza musical, de bandas de grande projecção, em que praticamente todos os elementos presentes numa peça de teatro típica se encontram aí aplicados. O espectáculo tem um cenário e figurinos, um desenho de luz cuidadosamente criado e operado, adereços de cena para momentos específicos e até, por exemplo, efeitos pirotécnicos¹⁹⁸. Assim como existem espectáculos com jogo cénico, encenados, que não aplicam tamanha intensidade de artefactos. Pensemos num diálogo à volta de um banco de jardim entre duas personagens que não exijam grande caracterização, que nomeadamente não exijam criação de cenário ou figurinos e imaginemos que estes espectáculo decorre durante o dia em recinto com luz natural. Comparando estes dois exemplos somos forçados a verificar que o empresário do espectáculo musical, de execução, é fornecedor de uma prestação empresarial muito mais exigente do ponto de vista económico e de complexidade muito superior ao do espectáculo teatral, de representação cénica.

Se não nos socorrêssemos da interpretação extensiva e da interpretação teleológica acima descritas a solução seria a de que o empresário da peça teatral seria titular do direito ao espectáculo e o empresário do espectáculo musical, considerado seu promotor, não receberia, na sua esfera jurídica o mesmo direito, o que seria manifestamente injusto e inadequado à coerência do sistema.

Mas mais, mesmo perante casos perfeitamente comuns, em que o produtor do espectáculo musical ou da recitação se limita a obter meios humanos e técnicos para que a música seja simplesmente tocada ou cantada, ou para que o texto seja simplesmente recitado,

¹⁹⁸ Lembramo-nos de um espectáculo de *Rammstein* – Banda de *Heavy Metal* alemã ou mesmo da famosa Madonna, conhecidos pela sua espectacularidade enquanto concertos.

existe um investimento na contratação daqueles e um risco na apresentação do espectáculo cuja comercialização se pretende que pague aquele investimento, que em tudo coincidem com a figura doutrinária e tecnicamente criada do empresário do espectáculo.

Daqui concluímos que, verificando-se face a um promotor de um espectáculo de recitação ou execução a aplicação de investimento e assunção de risco na apresentação do espectáculo, o mesmo será titular do direito ao espectáculo.

Mas podemos ainda encontrar titulares derivados do direito ao espectáculo. Pode ser o caso de uma entidade exploradora de uma sala de espectáculos não produtora do mesmo (que neste não invista nem assuma qualquer risco na sua exploração porque apenas loca a sala e respectivo equipamento), e que adquire, por contrato, junto do empresário/produtor do espectáculo o direito a comercializar a fixação, reprodução, distribuição e comunicação pública do mesmo¹⁹⁹.

Outra situação a analisar é o caso, por exemplo, do organizador de um festival de teatro ou de música, que contrata a apresentação de eventos que pode não ter organizado nem custeado na sua execução prática originária, mas que agora apresenta num conjunto mais vasto de meios por aquele fornecidos²⁰⁰. Nestes casos, pensamos estar perante uma verdadeira co-titularidade do direito ao espectáculo quando esteja em causa o espectáculo apresentado no âmbito de um festival, partilhada entre o produtor do espectáculo e o produtor do festival²⁰¹. O que nos leva a dar esta resposta é a mesma razão que

¹⁹⁹ Para o que precisaria, ainda, das autorizações dos autores e dos intérpretes ou executantes que concorrem para a apresentação do mesmo.

²⁰⁰ Muitas vezes, estes festivais são compostos por espectáculos já existentes que são, nestas ocasiões, repostos em cena.

²⁰¹ No que respeita ao espectáculo desportivo, é deveras interessante a decisão do *Court of Appeal The Hague*, de 31 de Maio de 2001, no caso KNVB/Feyenoord (a KNVB é o organismo que regula o futebol na Holanda e organiza, nomeadamente, as mais importantes ligas da modalidade). A causa consistia em saber a quem

nos leva a atribuir ao explorador de uma sala de espectáculos o direito ao espectáculo sobre a apresentação pública que ocorra no seu recinto quando este corre um risco na sua exploração económica porque, designadamente, far-se-á pagar pela utilização da sala, através da receita de bilheteira. No caso do organizador do festival, para além da maior parte do risco ser, tipicamente, por si corrido, na medida em que lucra da receita de bilheteira, há ainda um investimento na organização e execução do que é o festival, ou seja,

pertenciam os direitos de transmissão televisiva dos jogos de futebol integrantes das ligas e campeonatos organizados pela KNVB. Esta alegava ser titular desses mesmos direitos, em co-titularidade, com os clubes. O Tribunal decidiu que os clubes em causa eram os titulares dos direitos de transmissão dos jogos que ocorressem nos seus recintos, uma vez que estes teriam o direito de condicionar o acesso aos mesmos e porque a responsabilidade pela realização do jogo é, primordialmente, da entidade que o recebe, tanto do ponto de vista organizacional como financeiro, na medida em que, para além do investimento na equipa é necessário garantir o espaço de realização do jogo com as condições adequadas para o efeito, designadamente condições de conservação do edifício e equipamentos, bem como de garantia de segurança. Assim, é a equipa que joga em casa que suporta o risco dos jogos realizados no seu recinto. Por seu lado, a KNVB apenas fornece elementos indirectamente, como, por exemplo, promovendo graduação para o desporto e para a competição. Conclui, desta forma, o Tribunal, que o Feyenoord é, enquanto não se possa concluir diferentemente, designadamente, por celebração de contrato que disponha de outra forma, o único titular dos direitos de transmissão televisiva dos jogos que ocorram no seu estádio “De Kuip”, em Roterdão. (tradução nossa) - **Berry Bertels**, Highlights of Dutch (sports) Jurisprudence 2001, The International Sports Law Journal, nr. 7, II Volume, 2001, p. 8.. Em sentido diferente, temos a decisão proferida acerca da negociação de direitos de transmissão televisiva pela FIA (*Federation Internationale de l'Automobile*) da *European Racing Cup*, que concluiu ter, esta Federação, direito a negociar as transmissões televisivas daquela competição, porquanto a mesma é co-titular dos chamados direitos televisivos. Para o autor que analisa esta última decisão - **Goerge Lentze**, *Co-ownership of Television Sports Rights*, International Media Law, Vol. 16, nr. 6, Junho, 1998, pp. 43 a 45. – esta conclusão estabelece um precedente no âmbito da propriedade intelectual que afirma a co-titularidade original de um evento desportivo ao seu organismo regulador. O Tribunal considerou, neste caso, que a FIA enquanto organismo regulador e organizador daquela competição, adquiria a qualidade de co-organizador, logo, também de co-titular dos direitos televisivos. Esta co-titularidade deve-se à contribuição essencial de meios organizacionais, como a regulação de cada corrida e do evento global, o controle do cumprimento das regras de competição ou a atribuição de licenças, e pelo facto de, os interesses dos agentes televisivos e dos patrocinadores, certamente declinarem seriamente, na ausência da presença reguladora e organizadora da FIA. Assim, o Tribunal Regional de Frankfurt, concluiu que a titularidade dos direitos televisivos pertencia, tanto à FIA quanto às entidades organizadoras de cada corrida. A título de curiosidade, diga-se ainda que, o mesmo Tribunal concluiu que entre estas entidade se estabelecia uma *joint-venture* (em português, Contratos de Consórcio, agora disciplinados no Decreto-Lei n.º 231/81, de 28 de Julho) para a realização daquela competição (tradução nossa). Esta segunda posição coincide com a que está na base da nossa, no que respeita às situações de apresentação pública de um espectáculo integrado num Festival.

na apresentação de um conjunto de espectáculos, ligado, por exemplo, por uma campanha de divulgação comum ou por fornecimento de locais de apresentação por si custeados, como no caso de instalação de recintos em locais públicos.

Concluímos, assim, que existem três casos de co-titularidade do direito ao espectáculo:

- a) nos casos de co-produção em que todas as partes co-produtoras tenham investido ou corram risco na exploração económica do espectáculo;
- b) no caso da apresentação do espectáculo em sala que corra o risco económico da sua exibição, mas no que respeita apenas à apresentação que seja feita nessa sala;
- c) no caso de apresentação do espectáculo inserida numa organização mais vasta que é a de um outro evento maior em que aquela exibição se integra, mas no que respeita apenas à apresentação que seja feita no âmbito desse festival.

Como é exercido este direito em caso de co-titularidade é algo que não está resolvido na lei, nem mesmo quanto à co-produção cinematográfica, único âmbito em que o CDADC reconhece a figura da co-produção (Art 132.º). O que parece ser mais adequado é que o produto eventualmente percebido como contrapartida da autorização para fixar, reproduzir em fonograma ou videograma, distribuir e comunicar ao público o espectáculo seja distribuído entre os co-titulares na proporção do investimento de cada um, mas esta é uma questão que está, até regulamentação legal deste direito, sujeita à livre negociação e à liberdade contratual das partes.

Uma última advertência face à titularidade do direito ao espectáculo. Em caso de fixação do mesmo em fonograma ou videograma ou mesmo em caso de radiodifusão do espectáculo, constituem-se, na ordem jurídica novos titulares de direitos conexos sobre o

espectáculo. Não já sobre o espectáculo - enquanto bem como valor autónomo, enquanto sequência de prestações artísticas de interpretação ou execução de obras sob a forma de representação cénica ou de espectáculo de recitação ou de execução musical -, mas sobre os registos efectuados e sobre a emissão radiodifundida. São os respectivos titulares destes direitos conexos os produtores do fonograma ou do videograma no qual se encontra registado o espectáculo e ainda o organismo de radiodifusão que o emite.

De onde deriva que, o aproveitamento por terceiros do espectáculo a partir daquele fonograma ou videograma ou da emissão radiodifundida para fins que não estejam autorizados a estas entidades explorar carecem de autorização dos autores, dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores do espectáculo (investidores e tomadores do risco de exploração económica do espectáculo) e ainda do produtor do fonograma, do videograma, ou do organismo de radiodifusão, conforme aplicável.

É, por exemplo, o caso em que foi autorizada a fixação videográfica do espectáculo para distribuição e se pretende efectuar a sua comunicação pública, daquele registo, numa sala de cinema ou na televisão.

Pensamos, assim, ter encontrado o critério para a determinação do titular do direito ao espectáculo: é titular do mesmo a entidade que investe na sua concretização ou assume o risco da sua exploração económica.

5. OBJECTO DO DIREITO AO ESPECTÁCULO

Anteriormente no nosso estudo tentámos a definição de espectáculo. Essa mesma noção pretendia enquadrar o bem inerente ao direito do produtor de espectáculos a explorá-los economicamente no seguimento da celebração de um contrato de representação cénica, bem como o bem inerente ao direito ao espectáculo, este enquanto direito de fonte legal que decorre da sua qualidade de investidor. Agora é o momento de analisar a realidade “espectáculo” em concreto enquanto objecto deste último direito, identificando-o através da aplicação da noção proposta a alguns casos concretos.

Para tanto, relembremos a noção de espectáculo a que chegámos: é todo o evento que suponha organização segundo um plano preestabelecido, de conteúdo especialmente executado e orientado para a recepção presencial simultânea visual, podendo ser visual e sonora, e com o objectivo de satisfazer a vontade do público de assistir à apresentação do mesmo.

Esta noção, serve, no entanto, apenas, para perceber qual o tipo de bem sobre que incide o direito ao espectáculo, enquanto descreve uma realidade construída, dinâmica, simultânea com uma recepção, de impacto visual ou sonoro tais que a tornam, por isso, objecto de desejo de consumo, dando algumas pistas para chegarmos ao que aqui procuramos responder: em que é que consiste o objecto do direito ao espectáculo como bem jurídico autónomo sobre que incidem direitos de fonte legal e convencional.

Da noção exposta encontramos a ideia de evento, de sequência de execuções, de prestações que, ornamentadas, geram um bem a consumir: o espectáculo. Daqui decorre, em primeiro lugar, a

natureza imaterial e incorpórea deste mesmo bem, como, aliás, já igualmente acima o defendemos.

Com efeito, o que se passa com o espectáculo é semelhante com o que acontece com os fonogramas ou videogramas, em que a materialização do seu conteúdo [aqui num suporte material suficientemente estável e duradouro que permita a sua percepção, reprodução ou comunicação de qualquer modo, em período não efémero (Art.º 141º, n.º 1 do CDADC)], não se confunde com o bem imaterial a que corresponde o conteúdo do fonograma ou do videograma enquanto bem imaterial. Assim e, na senda de Oliveira Ascensão²⁰², entendemos que o objecto do direito do produtor destes bens é o *conteúdo fixado* no fonograma ou no videograma, os sons e/ou as imagens *como* registadas pelo seu produtor, o que não deixa de ser um bem diferente e em nada confundível com a obra que, se for o caso, aí se encontra fixada, e com o suporte material do mesmo registo. Efectivamente, uma coisa é a obra que pode ser objecto de várias interpretações artísticas (ainda que com a mesma instrumentação, ou num mesmo local com os mesmos elementos cenográficos), outra coisa é *aquela* resultado da gravação, *aquela* fixação, não no sentido do seu suporte material, mas no sentido de sequência de sons e/ou imagens *concretas* que são depois difundidas/recebidas repetidamente de uma determinada maneira. Pensamos, até, que quando a CR (Art.º 3º, al. b)) usa primeiramente o vocábulo *fixação*, ou quando a lei portuguesa usa a palavra *registo*, nos querem conduzir a algo como o resultado efectivo e concreto, em sequências de sons e/ou de imagens, que a fixação comporta.

Em relação ao espectáculo a análise resulta em conclusão semelhante em ambos os pontos de vista: face às obras representadas e face ao suporte material que venha a ser efectuado, do mesmo.

²⁰² Direito de Autor e Direitos Conexos..., p. 568.

Quanto às obras representadas, porquanto as obras que integrem o espectáculo são bens juridicamente autónomos deste pois, como já atrás diagnosticámos, mantêm a sua existência totalmente independente, uma vez que inseridas no espectáculo fazem parte de uma conexão de obras e não integram uma nova obra, podendo, aliás, ser exploradas economicamente pelos titulares dos respectivos direitos de autor, em todas as outras ou mesmo na mesma forma de utilização.²⁰³

Quanto ao suporte material do espectáculo, esclareça-se, desde já, que por ora não nos referimos ao fonograma ou videograma em que o espectáculo possa ser “eternizado”, mas aos meios materiais em que o espectáculo se apoia para a sua realização (cenário ou figurinos). Ora, aqui a distinção é ainda mais fácil que no caso do fonograma ou do videograma: é que os meios materiais de realização de um espectáculo nada são sem as prestações humanas, artísticas e técnicas, necessárias à sua apresentação simultânea com a recepção do público.

Ainda para distinguir o espectáculo, o fonograma e o videograma, enquanto bens imateriais distintos dos suportes materiais que os incorporam ou que permitem a sua execução, é de ter em conta que estes objectos, o cenário, os figurinos, os adereços, os projectores, o CD, o DVD, podem não pertencer ao mesmos titulares dos direitos conexos dos respectivos produtores (de espectáculos, de fonogramas e de videogramas), e são objecto de direitos próprios sobre bens corpóreos, por exemplo, de direitos de propriedade ou de locação.

²⁰³ Relembre-se que, nos termos do Art.º 109º, n.º 2 do CDADC, salvo convenção em contrário, o contrato de representação cénica não atribui o exclusivo da comunicação directa da obra por esse meio ao empresário.

Assim, tal como os produtores de fonogramas e de videogramas são titulares de um direito conexo sobre o registo por si efectuado, isto é, o resultado efectivo e concreto, em sequências de sons e/ou de imagens, que a fixação comporta, também os produtores dos espectáculos são titulares de um direito sobre o espectáculo, enquanto sequência concreta de prestações artísticas (ou desportivas) suportadas por certos e determinados artefactos materiais que, em conjunto, geram um resultado visual, ou visual e sonoro unitário (que será, então, consumido pelos espectadores).

Para Costa Pimenta, “(...) o espectáculo é do ponto de vista jurídico, uma coisa (...) o espectáculo é um bem.”²⁰⁴

Uma ponte com os espectáculos desportivos. Para além do jogo em si, que é comumente considerado como espectáculo²⁰⁵, outras manifestações próximas do próprio jogo têm sido consideradas como espectáculo *per se*. Os eventos de abertura e encerramento dos jogos olímpicos, cobertas de manifesta espectacularidade e muitas vezes integrando verdadeiras obras coreográficas, têm sido consideradas como tal. Como afirma Miquel de Moragas Spà²⁰⁶ “(...) en el caso de las ceremonias olímpicas, espectáculos (...) los organizadores olímpicos se han convertido así en productores de los más grandes espectáculos culturales de nuestra época.”

²⁰⁴ *Op. cit.*, p. 74. E acrescenta, pp. 75 e 76, “Segundo Orlando de Carvalho – que escreveu a propósito de «bens incorpóreos puros» - também dos espectáculos se pode dizer que (...) a sua propriedade sendo pleno domínio, se traduz no poder de gozar em pleno, das virtualidades de exploração ou de desfrute económico. Também quanto a estes se pode dizer que «não são coisas comuns a todos mas antes específicos valores venais que permitem um domínio exclusivo». Podem vender-se «as imagens [em movimento] do espectáculo»”.

²⁰⁵ Lê-se em **Luc Silance**, *op. cit.*, p. 167, “Qu’est-ce que c’est une manifestation sportive sinon un spectacle dès lors quelle compte, outre ses acteurs, des spectateurs?”

²⁰⁶ Em Comunicación y deporte en la era digital, Sinergías, contradicciones y responsabilidades educativas, p. 9., disponível em http://ddd.uab.cat/pub/worpap/2007/hdl_2072_5021/WP107_spa.pdf

Outro exemplo deveras interessantes é o da *Haka* da equipa neozelandesa de *rugby All Blacks*. Manifestação desportiva que recria danças de guerra intimidatórias levadas a cabo pela tribo *Maori* e que, agora adaptada, é sempre executada pela equipa desta nacionalidade nesta modalidade antes do início de cada partida, de forma a acanhar o adversário e que, tendo sido utilizada num anúncio da marca Adidas, gerou uma onda de contestação por parte da comunidade *Maori*²⁰⁷.

Por último, podemos mencionar as movimentações de apoio desportivo, vulgo claques, muito conhecidas em ambientes norte-americanos, que, para Henri M. Abromson²⁰⁸, constituindo verdadeiras coreografias, são verdadeiras obras.

Digamos, no entanto, que nestes dois últimos casos está em causa, não o direito ao espectáculo, mas no primeiro caso direitos de propriedade intelectual sobre tradições culturais indígenas e no segundo verdadeiro direito de autor sobre obra coreográfica.

Feita a ponte com estes casos de menor relevância neste ponto do nosso trabalho, mas que não queríamos deixar de mencionar em sede de texto principal, atento o interesse técnico e a proximidade com o tema, retomemos o tratamento concreto do objecto do direito ao espectáculo.

Mais um elemento essencial a esta caracterização é a de o espectáculo, como objecto do direito ao espectáculo, ter de constituir o resultado de uma actividade produtiva, só assim podendo justificar-

²⁰⁷ Sobre o tema ver, **Steven J. Jackson**, *Global Sports Marketing, Indigenous Culture, and Intellectual Property Rights: The case of the New Zealand All Blacks Haka*, *The International Sports Law Journal*, nr. 7, II Volume, 2001.

²⁰⁸ *The copyrightability of sports celebration moves: dance fever or Just plain sick?*, *Marquette sports and law review*, Milwaukee, Vol. 14, n.º 2, Spring 2004, pp. 571 a 601.

se que a quem a desenvolve seja atribuído um direito exclusivo sobre a sua exploração económica²⁰⁹.

Relembremos, aqui, que o fundamento do direito ao espectáculo é o de conferir protecção a quem desempenha uma prestação empresarial de investimento e de risco que proporciona o aparecimento de um bem, do bem que produz, neste caso, o evento espectacular²¹⁰. Neste seguimento, pode questionar-se se, no caso dos espectáculos que decorrem em lugares públicos, de acesso gratuito, se mantém o direito ao espectáculo.

Para responder negativamente à questão enunciada no parágrafo anterior podem ser aduzidos dois argumentos. Um primeiro que diz respeito ao acesso do público potencial a assistir ao espectáculo. Um segundo que se prende com a eventual ausência de receita e, logo, de risco, na apresentação pública do mesmo.

Temos, desde já, se afirmar, a convicção de que a resposta deve ser positiva, no sentido de que se mantém o direito ao espectáculo, na esfera jurídica do respectivo produtor, mesmo quando este é apresentado em lugares público e de acesso gratuito²¹¹.

²⁰⁹ Garcia Marques, em *Direito à Informação versus direito ao espectáculo: os direitos exclusivos*, Revista do Ministério Público, Separata, n.º 56, Lisboa, 1993, p. 106, afirma “(...) o que é e em que consiste o objecto de protecção. Ora, o que importa proteger é aquilo que, integrando o elemento «organização do espectáculo», chama os espectadores, na normalidade das coisas, a presenciarem-no.”.

²¹⁰ Nas palavras de Alberto Sá e Mello, *Filmagem de Espectáculos Desportivos...*, pp. 35 e 37., “O simples enunciado do tema sugere a outorga de direitos privativos sobre o aproveitamento económico de «eventos espectaculares» (...) de factos espectaculares.”.

²¹¹ Neste sentido, **Oliveira Ascensão**, *Direito ao Espectáculo...*, p. 145. Em sentido contrário, e citada por **Aaron N. Wise**, *op. cit.*, p. 15, uma decisão do Tribunal Federal de Boston recusou um “direito de propriedade” ao organizador de um evento desportivo que teve lugar num espaço público. No caso *WCVB TV v. Boston Athletic Association* e a propósito da Maratona de Boston, de 1991, o tribunal rejeitou o argumento de que a estação televisiva não poderia transmitir o evento, e que, portanto, teria praticado um acto de concorrência desleal (ou apropriação ilegítima comercial de um direito de propriedade) dizendo que a lei “(...)«protège parfois les investisseurs contre l’enrichissement indu (“free riding”) des autres, parfois, elle ne fait pas...»(...)”.

O facto de o espectáculo ter lugar num espaço público não quer, de todo, dizer que o mesmo seja potencialmente assistido por todos quantos o poderiam perceber, caso o mesmo seja radiodifundido, colocado em linha, ou mesmo difundido por meios técnicos que permitam a sua difusão num outro local. Estão, assim, em causa, não só, a quantidade de espectadores, mas de igual modo a sua territorialidade²¹². Quando o empresário de espectáculos decide apresentar um espectáculo num lugar de acesso livre para o público fá-lo porque tem interesse nisso, porque, por exemplo, é uma entidade sem fins lucrativos de carácter municipal, logo, para esta, chegar aos seus habitantes e visitantes é o seu objectivo. No entanto, atento o fundamento do direito ao espectáculo, que visa tutelar o investimento e o esforço produtivo do seu produtor, tem de estar na disponibilidade exclusiva deste decidir se, para outro universo de público, o mesmo quer ou não, aplicar a mesma gratuitidade, o que, no caso que aqui demos como exemplo, se justificaria facilmente, na medida em que o público e o território a atingir com a apresentação gratuita do espectáculo é muito concreto, e politicamente definível e limitado.

Para além do mais, não nos parece minimamente aceitável, face aos valores que o direito ao espectáculo pretende tutelar – o resultado da actividade empresarial do respectivo produtor – que um terceiro, que

²¹² **Antonio Villegas Lazo**, *op. cit.*, pp. 303 e 304, define espectador desportivo – que aqui aceitamos importar para o espectador de espectáculo de natureza artística –, da seguinte e interessante forma, que mostra que o potencial de público de um espectáculo, como consumidor do mesmo, vai muito para além daquele que assiste presencialmente à sua apresentação. Lê-se na mesma obra: “(...) *el espectador deportivo puede ser entendido desde dos puntos de vista. Así, en un sentido estricto (...) es el individuo que asiste a un recinto deportivo para presenciar el espectáculo personalmente, mientras que en sentido amplio, es todo aquel que presencia un espectáculo deportivo, lo que, además del espectador «in situ», incluye este concepto a quienes siguen la transmisión por televisión o radio, y hasta a quien sigue el desarrollo del encuentro «minuto a minuto» a través de una página web de Internet. Incluso, podríamos hablar también de quien mira el espectáculo luego de que haya terminado sea porque la transmisión se hace en diferido, sea porque dejó grabado el partido en su videogradora o DVD.*”.

em nada contribui para a concretização do espectáculo possa, adquirir, gratuitamente, mais do que aquilo que o empresário quer oferecer graciosamente, a assistência ao espectáculo ao vivo. O que, no caso do terceiro pretender usar o espectáculo, fixando-o para depois proceder à sua distribuição, ou à sua radiodifusão, nos parece particularmente grave. No primeiro caso estaria a comercializar o espectáculo em exemplares e a lucrar com o mesmo, no segundo estaria a adquirir conteúdos, a sua “matéria-prima”, sem qualquer investimento da sua parte e sem atribuir ao produtor do espectáculo, à entidade que o fornece, qualquer contrapartida²¹³. E estes comportamentos são verdadeiramente sérios e negativamente consequenciais porque absorvem mercados de potencial exploração económica do espectáculo, retirando ao seu produtor, a possibilidade deste o explorar por si.

Qualquer um destes comportamentos, pensamos mas vê-lo-emos mais tarde quando tratarmos da defesa do direito ao espectáculo, poderá consubstanciar responsabilidade civil e/ou concorrência desleal.

O objecto do direito ao espectáculo é, então, o evento resultado da actividade do respectivo produtor, enquanto sequência concreta de prestações artísticas (ou desportivas), suportadas por certos e determinados artefactos materiais que, em conjunto, geram um resultado visual, ou visual e sonoro, que será, então, consumido pelos espectadores presentes. E isto, independentemente de se realizar em

²¹³ Como afirma **Elisabetta Loffredo**, *op. cit.*, p. 329, um espectáculo, no caso em análise pela autora, um evento desportivo, gera três produtos: um primeiro que é o próprio espectáculo ao vivo, um segundo que é o espectáculo fixado e transmitido através de meios de comunicação ao um público mais vasto a que chama o espectáculo mediático, e um terceiro que consiste no espectáculo-arquivo, aquele conteúdo que é reutilizado após a actualidade do mesmo, sempre que um interesse económico o justifique. Desde já, reservemos esta ideia deste terceiro produto para o que afirmaremos sobre a duração do direito ao espectáculo.

local público ou privado (entenda-se, fechado ou de acesso condicionado) ou de acesso gratuito ou oneroso²¹⁴.

6. CONTEÚDO DO DIREITO AO ESPECTÁCULO

Os direitos de natureza intelectual traduzem-se em faculdades.

O direito ao espectáculo é um direito exclusivo que assiste ao *empresário* e que consiste, nos termos do Art.º 117º do CDADC, no poder de autorizar ou proibir as seguintes utilizações do espectáculo:

- i) A transmissão pela radiodifusão sonora ou visual;
- ii) Reprodução em fonograma ou videograma;
- iii) Filmagem;
- iv) Exibição.

Isto não significa que o produtor tenha o poder de determinar só por si da possibilidade de terceiros explorarem economicamente, por alguma das formas elencadas acima, o espectáculo, sempre que este integra obras protegidas pelo direito de autor e prestações artísticas objecto de direitos conexos (o que não acontece com os eventos desportivos). Este caso é semelhante ao que se verifica na utilização de um fonograma que contenha obras protegidas pelo direito de

²¹⁴ **Oliveira Ascensão**, descreve, de forma acutilante e igualmente conclusiva, o objecto do direito ao espectáculo, da seguinte forma: “*É preciso não esquecer que, se bem que neste caso não surja uma coisa, corpórea ou incorpórea, além da actividade empresarial, há todavia, uma resultante, que essa é que é directamente objecto de utilização: o próprio espectáculo. É este que pode ou não ser fixado, transmitido ou retransmitido.*” – em *Uma inovação da Lei Brasileira...*, p. 96. Ou, como o mesmo autor o afirma em *O Direito ao Espectáculo...*, p. 148, “*Mas pensamos que, se a prestação justifica a atribuição do direito, o objecto do direito é o resultante desta – o próprio espectáculo. (...) É ele, considerado como coisa incorpórea, que é tutelado por um novo direito intelectual, em benefício do empresário. (...) Repare-se que o que está em causa não são as obras literárias ou artísticas que porventura sejam utilizadas no espectáculo. Nem os direitos dos artistas intérpretes ou executantes que neles intervenham. É o próprio espectáculo, como obra imaterial.*”.

autor. Para que terceiros possam fazer certas utilizações do mesmo fonograma (aquelas que não estão autorizadas pelo contrato de fixação fonográfica, a saber, fixar, reproduzir e vender os exemplares produzidos – Art.º 141º, n.º 2 do CDADC) é preciso o consentimento do produtor de fonogramas, mas este não basta, é também necessário que o autor e os artistas intérpretes ou executantes dêem o respectivo consentimento. Faltando o consentimento de um deles a utilização é proibida e o terceiro vê-se totalmente impedido de fazer a utilização do fonograma que pretendia.

Pensamos que, embora estejamos a analisar o conteúdo do direito ao espectáculo, uma breve passagem pelo conteúdo do direito do conexo dos produtores de fonogramas e videogramas pode ajudar a enquadrar as faculdades do produtor de espectáculos titular daquele direito. Analisemos, assim, a partir do CDADC, as faculdades-base que o aludido código confere aos produtores de fonogramas e videogramas e o respectivo conteúdo.

O direito conexo do produtor de fonogramas e videogramas, tal como concebido pela legislação nacional (Art.º 184º do CDADC) inclui o direito de autorizar:

- a) a reprodução, directa ou indirecta, temporária²¹⁵ ou permanente, por quaisquer meios e sob qualquer forma, no todo ou em parte;
- b) a distribuição ao público;
- c) a difusão, por qualquer meio, a execução pública, e a colocação à disposição do público, por fio ou sem fio, por forma a que sejam acessíveis a qualquer pessoa a partir do

²¹⁵ Chame-se, aqui, a atenção para o facto de as reproduções em rede para efeitos de armazenamento temporário estarem, desde que preenchendo os pressupostos previstos no Art.º 5º, n.º 1, al. a) da Directiva 2001/29/CE, do Parlamento e do Conselho, de 22 de Maio de 2001, fora deste conceito de reprodução, na medida em que são uma excepção ao exclusivo daquele direito.

local e no momento por ela escolhido – ou, melhor dizendo,
a sua comunicação pública;
dos fonogramas ou videogramas por estes produzidos.

Umas palavras mais sobre estas faculdades.

Quanto à reprodução, afirme-se que a mesma consiste na obtenção de cópias, directas ou indirectas, temporárias²¹⁶ ou permanentes, por quaisquer meios e sob qualquer forma, no todo ou em parte e está definida na CR no Art.º 3º, al. e), assim como no CDADC, no Art.º 176º, n.º 7.

A reprodução directa e indirecta são, segundo Miguel Coca e Pedro A. Munar²¹⁷, no que respeita a fonogramas, respectivamente, aquelas que são efectuadas a partir do suporte sonoro ou visual original e aquelas que são realizadas através de um elemento interposto que pode consistir num outro fonograma que não o original (de um cd para outro) ou por outro meio (de uma emissão de radiodifusão).

Quanto ao direito à distribuição, refira-se que o conceito desta actividade vem, igualmente, definido no CDADC, no Art.º 176º, n.º 8, no qual se lê:

Art.º 176º

(...)

8 . Distribuição é a actividade que tem por objecto a oferta ao público, em quantidade significativa, de fonogramas ou videogramas, directa ou indirectamente, quer para venda quer para aluguer. (...)

consistindo, assim, na comercialização dos exemplares produzidos sob aquelas duas formas: compra e venda ou aluguer.

²¹⁶ **Miguel Coca y Pedro A. Munar**, in *Comentarios a la Ley de Propriedad Intelectual*, (organizado por **Rodrigo Bercovitz**,) Madrid, 1989, pp. 1488 e 1489.

²¹⁷ Em **Miguel Coca y Pedro A. Munar**, *op. cit.*, p. 1507.

Passemos, então, ao direito de comunicação pública de fonogramas e videogramas, como integrante do direito conexo do produtor.

A comunicação pública é o acto pelo qual se faz chegar ao público²¹⁸ determinado fonograma ou videograma (para o que nos interessa) sem necessidade de recurso à multiplicação de exemplares. Encontramos dentro desta faculdade utilizações como a radiodifusão e a colocação da obra em rede. O CDADC, assim como o Tratado da OMPI, prevêm que, também para este efeito, é necessária a autorização do produtor de fonogramas (e de videogramas - Art.º 184º, n.º 2 CDADC). No entanto, aqueles corpos normativos (Art.ºs 184º, n.º 4 do CDADC, e 12º e 15º, n.º 1 da CR) contêm uma excepção a essa exigência de autorização para os casos em que os fonogramas (e videogramas, no caso da lei portuguesa), tenham sido editados comercialmente²¹⁹, na medida em que, nestes casos, o consentimento para radiodifusão ou qualquer outro modo de comunicação pública não é necessário, sendo antes tutelada esta faculdade do direito conexo, no nosso ordenamento, através de um mero direito à remuneração (Art. 184º n.º 4 CDADC).

Fazendo, agora, a ponte com o conteúdo do direito ao espectáculo chegamos à conclusão que este é muito semelhante ao conteúdo do direito conexo dos produtores de fonogramas e videogramas tal como o descrevemos, para não dizermos idêntico, embora as formulações legais de um e de outro sejam diferentes, talvez porque no que respeita ao direito conexo dos produtores de fonogramas e videogramas o mesmo tenha sido previsto no CDADC sob a forma de

²¹⁸ Não se considerando pública a difusão que ocorra em ambiente doméstico, Cf. **Miguel Coca y Pedro A. Munar**, *op. cit.*, p. 1514.

²¹⁹ Ver, ainda, Art.º 15º, n.º 4, do Tratado da OMPI que equipara à publicação para fins comerciais a colocação (desde que lícita, acrescentamos nós, já que não fará sentido isentar a autorização para a comunicação pública se o acto de publicação não for legítimo) do fonograma em rede.

transposição da formulação constante dos instrumentos convencionais internacionais.

A formulação do Art.º 117º do CDADC não é, salvo o devido respeito, particularmente feliz, na medida em que, em nosso entender, refere formas de utilização avulso em vez de adoptar uma construção dogmática e sistemática, por remissão para os conceitos de reprodução, distribuição e comunicação pública, como acontece com a previsão do direito conexo dos produtores de videogramas e de fonogramas.

Para melhor entendimento e facilidade de leitura decidimos transcrever, de novo, aquele preceito:

Art.º 117º (Transmissão, reprodução, e filmagem da representação)

Para que a representação da obra, no todo ou em parte, possa ser transmitida pela radiodifusão sonora ou visual, reproduzida em fonograma ou em videograma, filmada ou exibida, é necessário, para além das autorizações do empresário do espectáculo e dos artistas, o consentimento escrito do autor.

Pegando na referida sistemática aplicada ao direito conexo do produtor de fonogramas e videogramas encontramos, repetimos, o direito de autorizar ou proibir três formas de utilização do bem que se pretende proteger: a reprodução, a distribuição e a comunicação pública. Na verdade, é exactamente a mesma esfera de poderes que o direito ao espectáculo integra, da interpretação que fazemos daquele Art.º 117º.

Efectivamente, da leitura do mesmo e se tentarmos integrar as descrições dos tipo de utilização na dogmática acima descrita encontramos, em nosso entender, uma coincidência de faculdades.

A faculdade de reprodução está expressamente prevista enquanto cabe ao empresário autorizar a sua reprodução em fonogramas ou videogramas, mas esta não deixa de ser uma expressão insuficiente para aquilo que entendemos que o legislador quis salvaguardar. É que a reprodução consiste, como acima dissemos na obtenção de cópias, e se esta não é permitida sem a autorização do empresário, daqui decorre, de imediato que a sua distribuição também não o é, já que se para a mesma é necessidade material elementar aquela reprodução a mesma seria ilícita sempre que a reprodução o fosse pois a distribuição estaria a ser praticada com base no fabrico ilícito das cópias a distribuir. Assim, entendemos que na expressão que agora analisamos, está naturalmente integrado o direito do produtor a autorizar ou proibir também a distribuição. Podia defender-se uma interpretação restritiva desta expressão o que significaria retirar da mesma apenas o impedimento de terceiros de fixarem, sob a forma de fonograma ou videograma, o espectáculo, mas não só entendemos que esse impedimento se encontra (mais um vez de forma insuficiente), na passagem do preceito em que se refere a filmagem, como a solução dessa interpretação seria caricata. Se entendêssemos que a distribuição não fazia parte do conteúdo do direito ao espectáculo perder-se-ia uma grande parte da teleologia do preceito, uma vez que se pretende com este prevenir o aproveitamento económico parasitário de terceiros e mais do que a mera reprodução, a verdadeira distribuição, permite obter receitas, pela venda ou aluguer dos exemplares.

Ora, daqui podemos, desde já, passar a concluir que, também no vocábulo filmagem se encontra, para nós, prevista a faculdade de fixação. Pensamos que com esta menção, à filmagem, o legislador pretendeu impedir não só a fixação audiovisual como a sonora do espectáculo. De facto, bem sabemos que o aproveitamento meramente sonoro do espectáculo tem um mercado por si só, pensemos numa transmissão radiofónica ou mesmo na fixação de um fonograma de

um espectáculo cujo conteúdo oral ou musical têm interesse *per se* para além das componentes visuais do espectáculo.

Encontrámos, então, até aqui, as faculdades de reprodução e distribuição e ainda de fixação, que no caso dos produtores de fonogramas e videogramas se encontra absorvida pela faculdade de reprodução já que o objecto da mesma reprodução já é, em si, uma fixação.

Em último lugar tratemos a faculdade de comunicação pública. Julgamos encontrá-la em *radiodifusão sonora ou visual* e em *exibição*, e mais uma vez estas expressões conduzem-nos a um espectro mais amplo do que os seus sentidos literais indicam. Nesta comunicação pública pensamos estar ainda integrada a colocação da obra em rede. Impõe-se aqui, parece-nos, uma interpretação actualista e finalista, no sentido de se considerar incluído neste direito ao espectáculo a exigência de autorização do empresário para a colocação à disposição do público, por fio ou sem fio, do espectáculo, por forma a torná-lo acessível a qualquer pessoa a partir do local e no momento por ela escolhido. Oliveira Ascensão na sua obra *Direito de Autor e Direitos Conexos* propõe a delimitação do conteúdo deste direito como o direito exclusivo a proibir a comunicação em ambiente diferente e a sua radiodifusão, em suma, a sua comunicação pública²²⁰.

Efectivamente, na base deste *direito ao espectáculo*, parece-nos estar qualquer aproveitamento parasitário das imagens e/ou sons do

²²⁰ *Op. cit.*, pp. 593 e ss.. O mesmo autor, na sua obra *O Direito ao Espectáculo ...*, p. 134, defende, ainda, que as reportagens jornalísticas, as transmissões pela radiodifusão sonora e as fotografias são livres. Quanto às transmissões por radiodifusão sonora, salvo o devido respeito, discordamos. Imaginemos a radiodifusão, pela Antena 2, de uma ópera, directamente do Teatro Nacional de São Carlos, em cujos intervalos se comercializam espaços publicitários. Parece-nos que, neste caso, todo o fundamento do direito ao espectáculo justifica que esta transmissão não seja livre. Aliás, do trabalho de campo que fizemos, apurámos que a Radiodifusão Portuguesa paga anualmente à Opart, E.P.E. (entidade pública empresarial que gere o Teatro Nacional de São Carlos), uma quantia que lhe permite radiodifundir um determinado número de espectáculos por ano.

mesmo. O mesmo Professor considera, ainda, estes direitos, na senda do princípio geral da disponibilidade dos direitos intelectuais, como passíveis de transmissão, oneração ou autorização, e de ultradisposição por parte destes adquirentes.

Concluímos, assim, que, no que concerne ao conteúdo do direito ao espectáculo estabelecido no Art.º 117º do CDADC, o mesmo confere ao produtor de espectáculos o direito exclusivo de autorizar ou proibir a reprodução, a distribuição ou a comunicação pública por terceiros dos espectáculos por si produzidos ou co-produzidos.

Contudo, outro problema de aproveitamento económico do espectáculo se coloca, quando estamos perante um caso de co-produção e prende-se com a seguinte hipótese académica: co-produzindo duas entidades um espectáculo - o que consubstancia um determinado resultado, com uma determinada expressão conjunta, há que equacionar se será justo e aceitável, face ao investimento efectuado e tutelado no *direito ao espectáculo*, que um dos empresários possa reapresentar o espectáculo²²¹, usando meios como o cenário e os figurinos adquiridos para este, sem autorização da contraparte e sem com esta partilhar qualquer receita. Pensamos que não será justo. Na verdade, pensamos que esta pode ser uma protecção a consagrar numa eventual posituação do *direito ao espectáculo*, podendo decorrer, inclusivamente, da sua violação, naturalmente responsabilidade civil. Para que decorra

²²¹ Não nos referimos aqui à “trama” ou à ideia do espectáculo, casos em que **Oliveira Ascensão**, em *O Direito ao Espectáculo...*, p. 148, entende não estar presente qualquer direito exclusivo do empresário. Concordamos com esta abordagem. Porém, a questão que colocámos parte de uma hipótese em que nos parece haver aproveitamento desonesto por parte daquele que reapresente o espectáculo, sem considerar o seu co-produtor. O mesmo Ilustre Professor, na sua obra *Direito de Autor e Direitos Conexos...*, p. 593, refere, quanto à imitação do espectáculo, que esta é uma situação atingida pelo instituto da concorrência desleal (actualmente prevista no Art.º 317º do Código de Propriedade Industrial). Chamamos, apenas, a atenção para o facto de defendermos a solução de futura previsão expressa de proibição de comportamento como o descrito na hipótese académica aventada.

responsabilidade penal é necessário que os respectivos preceitos do CDADC passem a integrar expressamente esta hipótese, exigência que constitui corolário do princípio da legalidade que enforma o Direito Criminal. Contudo, face à excepcionalidade que a tutela penal deve ter para punir factos verdadeiramente gravosos, deixamos aqui a nossa convicção, de que não se justificaria, parece-nos, a criminalização desta conduta, bastando, para fins de prevenção geral e especial e de disciplina de ressarcimento do lesado, a sua tutela civil.

Por último, não podemos deixar de referir que o direito ao espectáculo, à semelhança do direito de autor e dos direitos conexos está sujeito ao princípio da territorialidade, nos termos dos Art.ºs 63º e segs. do CDADC, o que, em nossa opinião, faz com que seja protegido dentro da ordem jurídica portuguesa todo o espectáculo produzido por pessoa singular ou colectiva portuguesa ou aqui apresentado pela primeira vez, assim como o espectáculo produzido por pessoa com nacionalidade ou pela primeira vez apresentado em país que, em condições de reciprocidade, reconheçam o direito ao espectáculo aos produtores portugueses. Neste caso pensamos não haver qualquer convenção internacional que, nos termos do Art.º 64º, *in fine*, do CDADC, obrigue o Estado Português a reconhecer a protecção decorrente do direito ao espectáculo a países que não o façam reciprocamente com a ordem jurídica portuguesa.

7. LIMITES DO DIREITO AO ESPECTÁCULO

O direito ao espectáculo conhece alguns limites.

Para melhor enquadramento, entendamos como limites do direito ao espectáculo os que contraem o exclusivo do seu titular, impondo

destinações ao bem intelectual que lhe cabe sem que este se possa opor e que decorrem de conflitos com outros direitos e interesses legalmente protegidos.

Neste capítulo examinaremos três situações: o esgotamento do direito, o direito à informação e as utilizações livres.

7.1 O PRINCÍPIO DO ESGOTAMENTO

Começando pelo esgotamento do direito ao espectáculo, relembremos o que se entende por esgotamento dos direitos de propriedade intelectual: consiste na perda, pelo(s) titular(es) de direitos de propriedade intelectual sobre um determinado bem intelectual, e por efeito da sua colocação no mercado por este ou por outrem com o seu consentimento, do poder de controle sobre a circulação desse produto (*id est* dos respectivos exemplares)²²². Assim, após a primeira venda legítima, aquele titular não se pode opor a que o mesmo seja vendido, passando este a circular livremente.

O que significa que, no que concerne ao direito ao espectáculo entendemos que uma vez fixada a sua execução e postos em circulação, pelo respectivo produtor ou por terceiros com o seu consentimento, exemplares da mesma (através de fonogramas, videogramas ou mais modernamente de ficheiros informáticos) sob a forma de distribuição, aquele perde o direito a controlar a circulação dos exemplares em que o espectáculo se encontre registado²²³.

²²² Ver **Pedro Sousa e Silva**, *O «Esgotamento» de direitos industriais*, Direito Industrial, Vol. I, Coimbra, Janeiro 2001, p. 455.

²²³ Sobre os fundamentos deste direito em sede de direito de autor ver **Oliveira Ascensão** *Direito de Distribuição e Esgotamento*, Separata da Revista da Ordem dos Advogados, Ano 51, Vol. III, Lisboa, Dezembro de 1999, da qual destacamos as seguintes passagens: “Desde logo, há que observar que o direito de destinação iria muito além do direito de distribuição. Entendido no seu sentido próprio, significaria

Neste sentido e no que respeita propriamente aos direitos conexos das empresas culturais Michel Bertani afirma que *“Una diversa limitazione del contenuto dei diritti connessi dell’impresa culturale all’esclusiva discende poi dall’applicazione del cd. principio dell’esaurimento comunitario.”*²²⁴ Mas logo alerta para o facto de o princípio do esgotamento não afectar outro direito que o de distribuição, o que determina que os direitos de reprodução e de comunicação pública do espectáculo se mantêm intactos na esfera jurídica do respectivo titular.

Oliveira Ascensão entende²²⁵, de igual modo, que o direito ao espectáculo está sujeito ao esgotamento, mas já noutro sentido, dizendo que o mesmo direito se esgota na relação bilateral entre o titular e o autorizado, isto é, que o titular, autorizando certas utilizações a terceiro, deixa de controlar os actos para que concedeu autorização.

No que concerne ao direito ao espectáculo, o que nos parece indiscutível é que o mesmo se deve sujeitar ao limite que o princípio do esgotamento dos direitos intelectuais insere, já que nenhuma razão ou fundamento se nos apresenta para que este devesse constituir uma excepção à aplicação daquela regra e, portanto, que o produtor de espectáculos mantivesse o domínio sobre os exemplares que contenham a performance após a sua efectiva colocação no

um domínio do autor sobre a afectação dos exemplares da obra. Não havendo esgotamento do direito, implicaria que os exemplares continuassem submetidos ao domínio do autor, mesmo depois de praticados actos de distribuição e adquiridos sobre eles direitos por parte de terceiros. (...) Seria desde logo toda a comercialização de exemplares que ficaria sujeita ao domínio do autor. (...)” p. 631.; *“Contra a possibilidade duma extensão ilimitada sobre o exemplar, surgiu a doutrina do esgotamento ou exaustão do direito de distribuição. (...) O direito de distribuição esgotar-se-ia com a alienação dos produtos.”*, pp. 633 e 634.

²²⁴ **Michel Bertani**, *op. cit.*, p. 413. Na mesma obra e página se lê: *“Questo principio stabilisce precisamente qui a seguito del primo atto di destinazione definitiva al mercato comunitario degli esemplari dei diversi prodotti culturali il titolare dei rispettivi diritti connessi perde il potere di controllare i successivi atti traslativi della proprietà di questi esemplari.”*.

²²⁵ Direito de Autor e Direitos Conexos..., p. 596.

mercado, por si ou por quem este autorize. Assim, concluímos que o princípio do esgotamento se aplica ao direito ao espectáculo.

Pode aqui questionar-se, ainda, se é aplicável ao direito ao espectáculo o previsto no Decreto-Lei n.º 332/97, de 27 de Novembro (alterado pela Lei n.º 24/2006, de 30 de Junho e pela Lei n.º 16/2008, de 1 de Abril e que transpõe a Directiva relativa ao direito de aluguer, ao direito de comodato e a certos direitos conexos com os direitos de autor em matéria de propriedade intelectual) que prevê, no seu Art.º 7º, sob a epígrafe *Extensão aos titulares de direitos conexos*, que os direitos de aluguer e comodato não se esgotam com a colocação à venda ou a prática de qualquer outro acto de distribuição, na senda do previsto na Directiva mais recente sobre a mesma matéria, n.º 2006/115/CE, do Parlamento e do Conselho, de 12 de Dezembro de 2006, nos seus Art.ºs 9º, n.º 2 e 1º, n.º 2 conjugados.

Em nosso entender e porque, como veremos, defendemos a natureza conexa do direito ao espectáculo e a aplicação analógica do regime de direitos da mesma natureza mesmo que sujeitos ao princípio da tipicidade, estamos em crer que a extensão do regime agora exposto aos titulares do direito ao espectáculo é defensável. Isto porque, as faculdades aqui em causa fazem parte do direito de distribuição que entendemos integrar o conteúdo do direito ao espectáculo e a disciplina que aqui analisamos regula o exercício dessas faculdades, não cria propriamente um direito novo, pelo que a sua aplicação analógica não nos repugna, pelo contrário, repugna-nos, face à *ratio* de protecção dos produtores de fonogramas e videogramas, que o titular do direito ao espectáculo não goze da mesma protecção. Aliás, temos dúvidas que se possa tecnicamente aceitar a aplicação do princípio do esgotamento e não aceitar a aplicação do regime jurídico desse mesmo princípio na sua totalidade já que nenhuma razão

parece excluir esta parte do regime, que exclui da aplicação daquele princípio os direitos de aluguer e comodato.

Uma convicção para nós é certa, em caso de regulamentação desta figura, a inclusão dos produtores de espectáculos na *factispecie* das normas que excluem o esgotamento dos direitos de aluguer e comodato, deve ser uma medida legislativa a adoptar.

Desta conclusão resulta que o direito ao espectáculo se encontra sujeito ao princípio do esgotamento, excepto no que respeita aos direitos de aluguer e comodato de objectos que contenham o espectáculo.

Retenhamos, por último, que a regra do esgotamento não prejudica os direitos exclusivos sobre as faculdades de reprodução para outros fins que não a distribuição autorizada, e de comunicação pública.

7.2 DIREITO AO ESPECTÁCULO E DIREITO À INFORMAÇÃO

Passemos, agora à análise da contenda que opõe o direito ao espectáculo ao direito à informação.

Esta temática assumiu particular relevo no que respeita aos espectáculos de natureza desportiva, quando o clubes começaram a impedir os jornalistas de aceder os recintos onde se realizavam as disputas, argumentando que tinham direitos exclusivos sobre as imagens dos jogos.

Muita tinta correu sobre esta matéria, nomeadamente foram emitidos Pareceres do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da

República, a 28 de Agosto de 1985²²⁶ e a 17 de Junho de 1993^{227 228}. O primeiro claramente decidindo como ilícita a referida limitação de acesso, porquanto violadora do direito à informação “(...) *na sua dupla perspectiva de direito a informar e direito a ser informado, consagrado no Art.º 37º, n.º 1 da Constituição;*”²²⁹ e sem qualquer referência ao direito ao espectáculo. Este parecer foi objecto de crítica por parte de Oliveira Ascensão, no seu artigo *Direito à Informação e Direito ao Espectáculo*²³⁰, onde o mesmo afirma que “*Há que averiguar com cautela os termos em que o acesso se pode fazer – tal como não se tolera que num ballet ou num cinema se apresentem milhares de jornalistas a pretender fazer a cobertura do espectáculo. Não há função, por mais nobre que seja, que não possa levar ao abuso. Não há poder que possa por isso ficar imune a controlo.*”²³¹ E acrescenta “*Antes, há dois direitos igualmente dignos de respeito, cuja conciliação nos deve levar longe*”²³². E conclui que o direito à informação tem como limite o direito ao espectáculo²³³.

Já o segundo parecer, de 1993, acima identificado, articula estes dois direitos: ao espectáculo e à informação, dizendo que aquele é erigido “(...) *como condicionamento e limite ao direito à informação por parte dos profissionais da comunicação social, no exercício da sua profissão.*” E conclui que perante as dificuldades de articulação destes direitos seria importante legislar²³⁴.

²²⁶ Boletim do Ministério da Justiça (BMJ), n.º 353, pp. 137 a 155.

²²⁷ Disponível em

<http://www.dgsi.pt/pgrp.nsf/Por+Relator/D5DA082E5232B5E88025661700420EE3/?OpenDocument>

²²⁸ Sobre esta matéria ver, ainda, José da Costa Pimenta, *Propriedade do espectáculo...*, e José Augusto Garcia Marques, *Direito à Informação versus direito ao espectáculo...*

²²⁹ BMJ, n.º 353, p. 154.

²³⁰ Revista da Ordem dos Advogados (separata), Ano 48, Abril, 1988, pp. 15 a 35.

²³¹ *Op. cit.*, p. 21.

²³² *Op. cit.*, p. 22.

²³³ *Op. cit.*, p. 35.

²³⁴ No contexto do Art.º 19º, n.º 2, da Lei de Bases do Sistema Desportivo em vigor que, à data, dispunha, relembramos, da seguinte forma: 2 - *É garantido o direito de acesso a recintos desportivos de profissionais da comunicação social no exercício da sua profissão, sem prejuízo dos condicionamentos e limites a este direito,*

Actualmente, já acima o descrevemos, a Lei de Bases da Actividade Física e do Desporto contém uma norma bastante genérica, no seu Art.º 49º, determinando que os titulares de livre-trânsito só podem entrar em recintos desportivos durante o período em que o espectáculo desportivo decorra, desde que estejam no exercício da sua profissão e que tal acesso seja indispensável ao cabal cumprimento das mesmas. No CDADC não encontramos nenhuma norma que regule esta matéria.

No Estatuto do Jornalista, Lei n.º 1/99, de 13 de Janeiro, consta, contudo, no seu Art.º 9º, n.º 2 uma regra sobre esta matéria que determina que nos espectáculos, sem distinguir a sua natureza desportiva ou artística, ou outros eventos com entradas pagas, em que o afluxo previsível de espectadores justifique a imposição de condições de acesso poderão ser estabelecidos sistemas de credenciação de jornalistas por órgão de comunicação social²³⁵.

Ora isto é o que acontece, claramente, nas salas de espectáculos, caso em que a presença de jornalistas, quando munidos de artefactos técnicos, como máquinas fotográficas ou câmaras de filmar, perturbam público e artistas, com a sua presença e movimentações.

Mas não podemos esquecer que já acima distinguimos o direito de acesso ao recinto do direito ao espectáculo, na medida em que aquele permite a entrada ou não em determinado local e este impede a tomada de imagens e/ou sons do espectáculo. Na verdade, o próprio

designadamente para protecção do direito ao espectáculo, ou de outros direitos e interesses legítimos dos clubes, federações ou organizadores de espectáculos desportivos, em termos a regulamentar.”

²³⁵ Consultado em **Alberto Arons de Carvalho, António Monteiro Cardoso e João Pedro Figueiredo**, Legislação anotada da Comunicação Social, Casa das Letras, Lisboa, 2005

direito à informação não se confunde com o direito de acesso ao recinto.

Consistindo o direito à informação no direito de informar e de ser informado, pretende garantir o acesso ao efectivo conhecimento sobre factos cuja materialização, aceitamos, especialmente quanto aos espectáculos de natureza artística – já que nos espectáculos de natureza desportiva há outros dados que constituem notícias *per se* como os resultados ou estatísticas de tempos de posse de bola ou tempos de percurso em corridas -, passa por tomar, para divulgar, excertos da execução do mesmo.

Quanto a este elemento, permitam-nos deixar uma contribuição como conhecedora de alguma prática do mercado. É, nomeadamente, convicção reiterada no sector, que a fixação do espectáculo que dure até três minutos é obrigatória para efeitos de informação através dos meios de comunicação social.

Tendo em conta que o direito ao espectáculo pretende tutelar a exploração económica do mesmo, aquele período de tempo comumente admitido pretende conduzir a uma solução equilibrada entre dois direitos: confere aos titulares do direito à informação (profissionais e cidadãos) o direito a aceder a um conteúdo aceitavelmente representativo da ocorrência, e ao titular do direito ao espectáculo a garantia de que o *quantum* utilizado não põe em causa a exploração económica do mesmo, já que a sua diminuta transmissão não substitui a assistência ao espectáculo para quem o pretendia ver.

Independentemente destes elementos práticos da conjugação destes dois direitos, entendemos que o direito ao espectáculo, na sua vertente de espectáculo de natureza artística objecto do nosso estudo, constitui um limite ao direito à informação a dois níveis:

- a) Porquanto limita o acesso a pessoas e bens aos locais onde se realizem os espectáculos, garantindo a integridade artística e a pacífica e adequada assistência pelo público;
- b) Porquanto limita a quantidade de imagens e/ou sons a fixar e difundir, num *quantum* que se determina com base no critério de que devem ser fixados e transmitidos os períodos mínimos de duração que permitam um correcto cumprimento do dever de informação, mantendo-se o resto no direito exclusivo do produtor do espectáculo.

Refira-se, apenas, antes de terminarmos esta análise e que nos conduzirá já de seguida ao ponto seguinte do nosso trabalho, o previsto na al. b) do n.º 1 do Art.º 189º do CDADC, que prevê como limite aos direitos conexos ao direito de autor a utilização de excertos (na lei de fonogramas ou videogramas) que se justifiquem *por propósito de informação*, o que nos parece corroborar integralmente a ideia de que, excertos do espectáculo deverão ser cedidos aos órgãos de comunicação social para efeitos de informação, não só na coordenação do direito ao espectáculo com o direito à informação, mas também porque a lei, neste artigo referido, define este mesmo direito como limite àquele.

Do ponto de vista teórico e da análise efectuada digamos que ambos os direitos, ao espectáculo e à informação, constituem limites recíprocos.

7.3 UTILIZAÇÕES LIVRES

Partindo do pressuposto que o direito ao espectáculo tem natureza conexas ao direito de autor e que, na senda do que acima dissemos sobre o princípio do esgotamento no sentido de não vermos porque

constituiria o direito ao espectáculo uma excepção àquele limite, defendemos a aplicação desses limites ao direito ao espectáculo na mesma medida que aos restantes direitos conexos e desde que compatível com a sua estrutura, no que respeita às chamadas utilizações livres.

Na verdade, este direito de natureza intelectual colide, tal como os restantes da mesma natureza, com situações perante as quais o mesmo deixa de ser exercível, como direito exclusivo, pelo seu titular, em função de valores, mormente, de natureza geral e de interesse público, que permitem, a certos sujeitos em certas situações, fruir o conteúdo protegido, independentemente de autorização do respectivo titular.

Nos instrumentos internacionais encontramos estes limites nos Art.ºs 15º da CR, 16º do Tratado da OMPI e 14º, n.º 6 do Acordo TRIPS/ADPIC, e no CDADC no Art.º 189º sob a epígrafe *Utilizações livres*, que considera aplicáveis aos direitos conexos todos os limites ao direito de autor (al. f) do n.º 1 e n.º 2 daquele Art.º 189º) e, ainda, alguns outros casos casuisticamente elencados no preceito, coincidindo, na verdade, alguns destes, com os previstos para o direito de autor no Art.º 75º do Código (CDADC), como o uso privado (veja-se a al. a) do n.º 1 deste Art.º 189º), parecendo a sua concreta previsão desnecessária.

É certo que, no caso dos espectáculos de natureza artística que tipicamente integram obras protegidas pelo direito de autor, será preciso que a sua utilização concreta passe, também, pelo crivo dos limites a este direito antes de se poder concluir se o aproveitamento em causa é efectivamente livre ou não, na medida em que este pode ser livre perante o direito conexo sobre o espectáculo mas não o ser perante o direito de autor sobre a obra.

Contudo, reiteramos, entendemos que embora não exista em nenhuma das normas legais uma referência aos direitos dos produtores de espectáculos, nenhuma razão existe, do ponto de vista de equilíbrio do sistema para que se isentasse o direito conexo ao espectáculo destes limites, mas sublinhámos que desde que não pusessem em causa a sua estrutura.

Esta ressalva coloca algumas questões concretas face à especificidade do direito ao espectáculo.

A primeira respeita ao facto de, uma vez que o direito ao espectáculo tutela a execução performativa enquanto sequência de ocorrências em palco, a sua utilização posterior, quer seja para uso privado, fins pedagógicos ou científicos, tem de ser efectuada a partir de uma fixação. Ora, sendo a fixação, parte do conteúdo do direito ao espectáculo, aquelas utilizações (nomeadamente as previstas nas als. a), b), c) do n.º 1 do Art.º 189º do CDADC) só são lícitas se a respectiva fixação tiver sido devidamente autorizada. O que significa que, em nosso parecer, não é possível argumentar pelo espectador de uma sala de espectáculos que está a fixar o mesmo para mero uso privado. Por outro lado e ainda quanto à fixação entendemos que a al. e) do mesmo Art.º 189º - fixações ou reproduções por entidades públicas por interesse excepcional de documentação ou arquivo - se aplica sem restrições não obstante o que acima dissemos, pois aqui o que está em causa é a determinação pela própria lei de um limite ao exclusivo de fixação integrante do conteúdo do direito ao espectáculo que não põe em causa o conteúdo desse mesmo direito.

Por último, merece uma atenção especial o limite previsto na al. d) daquele Art.º 189º que refere *a fixação efémera por organismo de radiodifusão*. Este é, para nós, o caso em que o limite aqui definido não é pacificamente compaginável com a estrutura do direito ao espectáculo, mormente com o seu conteúdo, pois a radiodifusão é, tão

só, uma das formas de utilização nucleares que se querem reservar ao produtor de espectáculos como titular exclusivo dessa faculdade no âmbito deste direito. A interpretação que propomos para este limite será a seguinte: esta fixação será possível desde que dentro dos limites necessários ao exercício do direito à informação. Fora deste escopo, a fixação efémera por organismos de radiodifusão ou não faz sentido, já que a fixação efémera sem transmissão parece inútil a este tipo de agentes, ou não será admitida se para efeitos de radiodifusão, já que esta forma de utilização faz parte do conteúdo essencial protegido no direito ao espectáculo, pelo que concluir ao contrário seria por em causa a aplicação prática da existência deste direito.

8. DURAÇÃO DO DIREITO AO ESPECTÁCULO

A duração do direito ao espectáculo é um elemento da maior importância prática. Pela sua determinação pode concluir-se se, em certo momento, é ou não necessária a autorização do seu produtor para uma qualquer forma de utilização do mesmo.

Para a realização de tal utilização é, certamente, necessária a autorização dos titulares do direito de autor das obras aí representadas ou executadas, por regra até 70 (setenta) anos após a morte do criador intelectual (Art.ºs 31º e segs. CDADC), assim como é necessária a autorização dos artistas intérpretes ou executantes, até 50 (cinquenta) anos após a data da representação ou da execução (Art.º 183º, n.º 1 al. a) do mesmo Código), e isto se, no decurso do período de 50 (cinquenta) anos mencionado, a prestação do artista não tiver sido publicada ou se fixação da mesma não tiver sido comunicada lícitamente ao público, caso em que o referido prazo de 50 (cinquenta) anos de duração dos direitos conexos destes

elementos apenas começa a contar na data daquela publicação ou comunicação pública.

O que significa que, decidir se o direito ao espectáculo do produtor se mantém ou não em vigor em determinada data é conferir-lhe o poder de impedir por completo, em determinado momento no tempo, a utilização do espectáculo, mesmo no caso de assentimento de todos aqueles intervenientes mencionados no parágrafo anterior.

Outro esclarecimento prévio: a mesma dúvida não se coloca face à fixação do espectáculo, pois que o mesmo decorre em simultâneo com a sua realização, requerendo, assim, sempre autorização daqueles três tipos de agentes: autores, intérpretes ou executantes e produtor(es).

Como tivemos já oportunidade de verificar, não podemos encontrar esta resposta na lei porquanto a mesma é totalmente omissa quanto ao assunto. É omissa tanto no campo do direito ao espectáculo de natureza artística quanto de natureza desportiva.

Na doutrina portuguesa deparamo-nos com duas posições verdadeiramente contrapostas.

Oliveira Ascensão afirma que este é um *direito efémero*, entendendo que atribuir-lhe uma duração idêntica à dos direitos conexos do artista intérprete ou executante seria, nas suas palavras, absurdo, tendo em conta que estamos perante a tutela de uma prestação empresarial. Responde, então, à questão de saber qual a duração do direito ao espectáculo com um critério de actualidade, afirmando que, passando o período normal de exploração do espectáculo a sua utilização se torna livre, o direito caduca. Findo este prazo, determina este autor, o utilizador do espectáculo tem apenas de

obter as autorizações dos titulares dos direitos de autor sobre as obras aí executadas e dos artistas intérpretes ou executantes²³⁶.

De outro prisma, José da Costa Pimenta, criticando abertamente a posição defendida por Oliveira Ascensão, afirma que o direito ao espectáculo é imprescritível. Retira esta conclusão de uma conclusão anterior que é a de que a natureza jurídica do direito ao espectáculo corresponde a um verdadeiro direito de propriedade, sobre um bem incorpóreo, assim, a um direito de propriedade intelectual, e que, como tal, não prescreve, não caduca, acrescentando que *ulteriores aproveitamentos só podem dar-se em termos de tolerância do proprietário*²³⁷.

Parece-nos, salvo o devido respeito por qualquer uma destas opiniões, que a nenhuma das duas será de aderir.

Tenhamos em conta que, com as novas formas de aproveitamento dos bens de valor autónomo que são os espectáculos, potenciadas por novas formas de negócio no ramo da radiodifusão audiovisual, o factor actualidade do espectáculo parece não desempenhar já, em termos de mercado, um papel relevante.

Entre estas formas negócio encontramos os já referidos canais temáticos, apenas dedicados às artes e à cultura, cujos conteúdos consistem, maioritariamente, na transmissão de espectáculos de música, bailado ou ópera, em que o importante não é, mormente, se o espectáculo teve lugar há muito ou pouco tempo, mas antes quais as obras em cena e, tendencialmente, quem as executa, se uma companhia de dança famosa, se uma orquestra de reputada qualidade, aliás, diga-se que um espectáculo em que dance Margot Fontaine ou Pina Bausch terão certamente grande audiência face ao universo de

²³⁶ Direito de Autor e Direitos Conexos,... pp. 596 e 597.

²³⁷ José da Costa Pimenta, *op. cit.*, pp. 60 e 61.

consumidores normal deste tipo de programa, mesmo que bastante antigo, até porque ambas já faleceram e este é também por si só um “factor de atracção”.

Outra destas formas de negócio é certamente o serviço de radiodifusão televisiva a pedido (*on demand*) que permite que, de forma, perene, o espectáculo esteja disponível para ser assistido em qualquer momento escolhido pelo consumidor e em número ilimitado de vezes.

E ainda a colocação em linha do espectáculo, nomeadamente para visualização em *streaming*, que trará, mais uma vez, a possibilidade de o espectáculo ser assistido no momento e no local escolhido pelo indivíduo, possivelmente sem limite de vezes.

Mas há ainda outras razões para justificar que o interesse na radiodifusão do espectáculo pode passar a sua actualidade, sendo que por actualidade, no sentido que lhe é dado por Oliveira Ascensão, nos parece significar contemporaneidade com a sua execução. Pensemos no caso das homenagens. Recordamos que, em Agosto de 2010, aquando do falecimento do actor e encenador António Feio, o canal RTP 1 alterou a sua programação e transmitiu, no dia do seu óbito, o espectáculo “Dois Amores” produzido pela empresa UAU, Produção de Espectáculos Unipessoal, Lda..

No caso dos espectáculos desportivos a actualidade é bastante mais relevante, concordamos, porquanto uma das principais atracções do mesmo é a incerteza inicial de um resultado que vai sendo construído ao longo da partida²³⁸. Este é, por regra, um elemento que não está

²³⁸ Defendendo a protecção sobre o conteúdo de um jogo de *baseball* para efeitos de transmissão meramente radiofónica de informações sobre a forma como este decorria (relato), para além da sua estrita actualidade, encontramos, **Aaron N. Wise**, *op. cit.*, p. 14, que comenta uma decisão de um tribunal norte-americano (da cidade de Nova York), de 1955, no âmbito do caso *National Exhibition Co. v. Fass*, na qual se lê:

presente nos espectáculos de natureza artística com intensidade sequer semelhante, pois se é certo que o desenlace de um argumento pode criar alguma curiosidade ao longo da sua representação, a verdade é que, não só em alguns dos géneros artísticos não existe propriamente argumento, como na música ou em certos bailados, como para o público deste tipo de espectáculos o importante é a qualidade da obra artística, da coreografia, do texto, da encenação, da sua apresentação estética, bem como da forma como é interpretada ou executada. Quantas vezes um amante do teatro verá “A Mãe” de Bertold Brecht sem perder o interesse porque lhe conhece o enredo e o respectivo final?

Ainda no seguimento do defendido por Oliveira Ascensão queremos deixar expressa a nossa posição face à afirmação do autor de que seria absurdo, nas suas palavras, atribuir o mesmo prazo de duração ao direito ao espectáculo que o atribuído ao direito conexo dos artistas intérpretes ou executantes porquanto aquele direito tutela uma mera prestação empresarial. Também não conseguimos acompanhar o Ilustre Professor nesta sua afirmação já que, o direito conexo dos produtores de fonogramas e de videogramas, assim como dos organismos de radiodifusão têm, por um lado, exactamente a mesma duração que o direito conexo daqueles artistas (Art.º 183º, n.º 1 CDADC) e, por outro, porque protegem prestações empresariais, tendo, portanto, um fundamento coincidente com o direito ao espectáculo: o investimento e o esforço produtivos. E lembremos que no caso destes produtores (de fonogramas e de videogramas) e dos organismos de radiodifusão, os conteúdos dos suportes ou das emissões podem, de igual modo face aos organizadores dos espectáculos produtivos, não conter obras ou prestações protegidas

“En circonstances ordinaires, un telle valeur commerciale s’étend sur une période d’au moins vingt quatre heures après la fin de la partie.” Acrescenta “S’agissant de match particulièrement importants ou stimulants, un telle valeur commerciale dure des années.”

pelo ramo do Direito de Autor. Não vemos, portanto, porque é que o investimento e o esforço produtivos do produtor de espectáculos não poderá gozar de prazo de protecção semelhante ao do dos restantes direitos conexos que partilham o mesmo fundamento.

Por outro lado, não compreendemos a conclusão, salvo o devido respeito, sectorial, a que chega Costa Pimenta. Apelidamo-la de sectorial na medida em que, concluir que o direito ao espectáculo é um direito de propriedade intelectual (como o são o direito de autor, os direitos conexos regulados na lei e os direitos de propriedade industrial) e sabendo que todos têm uma duração limitada no tempo, é concluir de maneira incoerente e desconforme com o sistema no que respeita ao direito ao espectáculo e ao sector de actividade de organização deste tipo de eventos ao considerar que este não prescreve, não caduca. Efectivamente, se para aquele autor o direito ao espectáculo é imprescritível porque é um direito de propriedade intelectual, o mesmo seria forçado a concluir sobre todos os restantes direitos com a mesma natureza jurídica – de propriedade intelectual –, o que sabemos não acontecer pois a lei determina-lhes prazos de duração limitada. O autor não explica o fundamento desta diferença de regime quanto à duração que propugna e, pela nossa, parte não o conseguimos descortinar. De facto, nenhuma razão se nos oferece para, no amplo leque de direitos de propriedade intelectual, apenas o direito ao espectáculo não conhecer prazo de duração limitada, enquanto a todos os outros é aplicável um limite a esta vigência. Salvo o devido respeito, a ausência de determinação legal não pode levar a concluir num sentido desprovido de equilíbrio sistemático e de justiça material face aos valores e interesses protegidos.

É, assim, forçoso tentar encontrar um critério que ajude o aplicador do direito a concluir qual a duração do direito ao espectáculo.

O que pretendemos agora saber é se podemos, face ao princípio da tipicidade que vigora em sede dos direitos de propriedade intelectual, aplicar o prazo de duração dos direitos conexos previsto no Art.º 183º do CDADC ao direito ao espectáculo.

Os direitos intelectuais estão sujeitos ao princípio da tipicidade e é preciso encontrar o alcance desta afirmação por forma a concluir se é possível operar-se o recurso à analogia tal como acima o equacionámos. Sabe-se que o princípio da tipicidade afasta a aplicação da analogia como método de integração de lacunas, mas esta afirmação, assim proferida, não é totalmente verdadeira nem de aceitação pacífica²³⁹.

O princípio da tipicidade é aplicado a determinadas áreas do Direito, essencialmente, por forma a conferir certeza e segurança jurídicas aos agentes (aos cidadãos e aos aplicadores do Direito), na medida em que se entende que a criação de determinado tipo de figuras jurídicas, de consequências significativas na vida das pessoas, por outros meios, nomeadamente através do negócio jurídico, de actividade administrativa ou mesmo da jurisprudência, constitui um risco para o equilíbrio da comunidade e para o controle das regras aplicáveis aos comportamentos humanos e às relações pessoais e patrimoniais entre estes. Visa, o mesmo princípio, acima de tudo, limitar as consequências de certas figuras jurídicas, através de um sistema de elencagem dessas mesmas figuras. Assim acontece com as condutas que a lei prevê como crimes, com os impostos, com os direitos aos quais a lei atribui eficácia real e com os direitos de propriedade intelectual. No que a estes diz respeito, e que aqui nos interessam, digamos que, o facto dos mesmos incidirem sobre criações do espírito que advêm de ideias, pensamentos ou

²³⁹ Elsa Sequeira Santos, *op. cit.* p. 479.

concepções, posteriormente materializadas ou sobre prestações que decorrem de uma actividade de expressão corporal e emocional do Homem, ou mesmo por incidirem sobre bens de concepção empresarial mas de natureza imaterial, aconselham a que se tipifiquem os direitos que incidem sobre estes, sob pena de se poderem criar mais exclusivos - sobre criações do espírito, sobre bens de carácter cultural e sobre o conhecimento, que devem, nos termos da Constituição da República Portuguesa (Art.º 78º), ser tendencialmente acessíveis a todos em prol do seu desenvolvimento humano, cultural, artístico, e psíquico -, do que a defesa de outros interesses, como a capacidade de sobrevivência dos seus criadores e fornecedores e o fomento ao aparecimento daqueles bens, aconselha. Assim, a limitação no recurso à analogia nos casos de ramos do Direito sujeitos ao princípio da tipicidade visa apenas evitar a criação de situações jurídicas em que consequências sérias, nomeadamente porque limitadoras, vão para além do que o ordenamento jurídico entende ser de admitir.

Esta tipicidade encontra-se, no entanto, no Direito Autoral, definida com intensidades diferentes, a vários níveis: sujeitos a tipicidade taxativa são os tipos de direitos de propriedade intelectual de carácter autoral (em sentido amplo), a saber, o direito de autor e os direitos conexos dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores de fonogramas e de videogramas, dos organismos de radiodifusão e, em nosso entender, também do direito ao espectáculo (que consideramos previsto no Art.º 117º do CDADC); sujeitos a tipicidade exemplificativa são as obras protegidas pelo direito de autor (Art.º 2º do CDADC).

O raciocínio analógico de integração de lacunas opera sempre que, não havendo solução legal para um determinado caso, certa solução positivada comunga, com o caso omissos, das razões justificativas daquela regulamentação específica. O mesmo é dizer que se pode

recorrer à analogia sempre que entre o caso omissivo e a situação regulamentada em determinada norma se encontrem os mesmos fundamentos, a mesma razão que determinou, naquele preceito positivado, aquela concreta estatuição encontrada. A analogia *legis* verifica-se sempre que a lacuna é preenchida pelo recurso a uma única norma²⁴⁰.

Se operássemos a metodologia de integração da lacuna sobre a duração do direito ao espectáculo através da aplicação analógica do Art.º 183º do CDADC recorreríamos à analogia *legis* entre dois direitos conexos previstos na lei²⁴¹, o que seria diferente de criar um direito conexo por analogia.

Ora, à semelhança do que encontramos defendido por Elsa Sequeira Santos²⁴² no que respeita à aplicação de normas de um direito real a outro direito real, concluindo esta última autora que “(...) o princípio da tipicidade nenhum entrave coloca à analogia entre direitos reais (...)” defendemos que, de igual modo, o princípio da tipicidade a que estão sujeitos os direitos de propriedade intelectual de natureza autoral nada obsta a que, entre direitos da mesma natureza, precisando, entre direitos conexos, se opere uma integração de lacunas com recurso à analogia.

Assim, considerando que o fundamento do direito ao espectáculo coincide, na totalidade, com o fundamento do direito conexo reconhecido nomeadamente aos produtores de fonogramas e de videogramas, a saber, o seu investimento e esforço produtivo²⁴³,

²⁴⁰ Elsa Sequeira Santos, *op. cit.*, p. 473.

²⁴¹ Defenderemos, abaixo, a natureza do direito ao espectáculo como direito conexo ao direito de autor.

²⁴² *Op. cit.*, pp. 492 e 493.

²⁴³ Aqui é bem visível que desta fundamentação comungarão os organizadores dos espectáculos desportivos já que, também o conteúdo dos fonogramas ou videogramas produzidos não têm de incluir obras protegidas pelo direito de autor ou prestações protegidas pelo direito conexo dos artistas intérpretes ou executantes.

defendemos a integração da lacuna da duração do direito ao espectáculo pelo recurso à analogia *legis* com o Art.º 183º, n.º 1 do CDADC quanto ao prazo de duração, sendo assim de 50 (cinquenta) anos. Defendemo-lo não só por entendermos que esta solução não põe, por qualquer forma, em causa, as razões de certeza e segurança jurídicas que conduziram à sujeição do direito de autor e conexos ao princípio da tipicidade, muito pelo contrário, permite mesmo ultrapassar a insegurança jurídica que a inexistência de critério para a determinação da duração do direito ao espectáculo cria, assim como porque entendemos que em nada prejudica a equilibrada solução normativa prevista no sistema que atribui a todos os direitos conexos este mesmo prazo, conferindo, aliás, harmonia, coerência e uniformidade ao sistema. Por último, adoptamos esta solução também porque não entendemos porque deveria o direito do produtor de espectáculos ser tratado diferentemente dos restantes direitos que compartilham da mesma teleologia, que é a de proteger o investimento e o esforço de um empresário por forma a que este se mantenha em condições de prosseguir no seu negócio, de poder continuar a gerar maior número de bens de natureza cultural. Não encontramos, outro método de determinação daquela duração que se mostre mais justo, equilibrado, coerente ou adequado.

Quanto ao momento a partir do qual aquele prazo de 50 (cinquenta) anos começará a contar, tenhamos em conta que, quanto aos restantes direitos conexos, o critério tem sido o da realização da prestação que cria o objecto do direito: no caso dos artistas da realização da sua prestação artística (representação, recitação ou execução); no caso dos produtores de fonogramas e de videogramas após a fixação, pela primeira vez, daqueles suportes; no caso dos organismos de radiodifusão, após a primeira emissão.

Assim, no caso do direito ao espectáculo, apesar de o problema da duração deste direito apenas se colocar caso exista uma fixação

estável e duradoura do mesmo, que é o artefacto técnico que permitirá as eventuais ulteriores utilizações do espectáculo, o certo é que este direito existe desde que o espectáculo é apresentado publicamente, pois só assim se justifica que, em caso de radiodifusão sem fixação, mas ilícita, do espectáculo o produtor possa reagir contra o seu utilizador abusivo. Assim, somos de entender, que o prazo de duração do mesmo se contará a partir da data da primeira apresentação pública do espectáculo, assim se recorrendo, analogicamente ao critério daquele mesmo Art.º 183º, ou seja, ao da realização da prestação protegida.

Resta saber se a fixação abusiva de um ensaio é ou não, desde já, protegida pelo direito ao espectáculo, apesar de não estar ainda em contagem o respectivo prazo de duração da protecção. Em nosso entender, sim. Uma realidade é o momento da constituição do direito sobre o bem de propriedade intelectual que é o espectáculo, outra realidade é a fixação de um momento a partir do qual o prazo para caducidade do direito começa a correr. O mesmo aconteceria se alguém, na posse de um conteúdo pré-definido para emissão de um organismo de radiodifusão, o emitisse, a esse conteúdo, antes mesmo daquele organismo o fazer. Haveria, certamente, a violação do direito exclusivo do organismo de radiodifusão sobre o conteúdo da emissão a que este iria proceder, sem que aquele prazo tivesse já começado a contar pois a primeira emissão daquele conteúdo não teria ainda ocorrido (Ver Art.º 183º, n.º 1. al. c)). É aliás este o espírito do n.º 2 do mesmo Art.º 183º, que pressupõe que, havendo publicação ou comunicação pública da prestação ou da fixação em causa, o prazo de duração dos respectivos direitos conexos começa a contar apenas a partir das datas destes factos, em vez de das datas da prestação ou da fixação propriamente ditas, o que não quer, decerto dizer que, antes daquelas publicação ou comunicação pública os mesmos direitos conexos não estivessem já constituídos nas esferas jurídicas dos seus

titulares, querendo apenas definir os termos em que a contagem do seu prazo de duração se fará.

Somos, então, de concluir que o direito ao espectáculo tem a duração de 50 (cinquenta) anos a contar da data da primeira apresentação pública do espectáculo, por integração da lacuna com recurso à aplicação analógica do Art.º 183º, n.º 1 do CDADC.

Parece-nos que, a falta de definição legal da duração do direito ao espectáculo e a insegurança jurídica que daí pode advir, é circunstância que aconselha intensamente a positivação de um regime próprio para este direito, mostrando-se assim verdadeiramente importante positivar-se um regime jurídico para o direito ao espectáculo. Podemos adiantar que, da nossa parte, e atendendo aos fundamentos que se encontram na base da caducidade dos direitos de autor e dos direitos conexos - acesso do público ao saber, à informação, à arte e à cultura -, não nos parece equilibrado reconhecer ao direito ao espectáculo uma duração para além da reconhecida aos restantes direitos conexos.

9. NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO AO ESPECTÁCULO

Na senda de Oliveira Ascensão²⁴⁴ e de David Fernandes de Oliveira Festas²⁴⁵, optámos por nos dedicarmos à natureza jurídica do direito ao espectáculo após a análise dos elementos que o caracterizam, por entendermos que apenas depois de se conhecer um direito em estudo, em todo o seu escopo, se pode concluir da sua natureza jurídica.

²⁴⁴ Direito de Autor e Direitos Conexos..., p. 667.

²⁴⁵ Do conteúdo patrimonial do direito à imagem – Contributo para um estudo do seu aproveitamento consentido e *inter vivos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 414.

O direito ao espectáculo, como direito que incide sobre um resultado de uma prestação empresarial, é um direito sobre uma coisa incorpórea e de natureza intelectual, porquanto recai sobre um resultado imaterial que é o espectáculo. Este é um bem de natureza intelectual por ser composto por um conjunto de prestações de facto nascidas de três actividades distintas, humanas, cerebrais, e *quicá* espirituais: a de criação do evento, quer desta decorram obras de protegidas pelo direito de autor (no caso dos espectáculos de natureza artística) ou outro tipo de acontecimento para o qual é preciso elaborar e equacionar regras e estratégias (no caso dos espectáculos desportivos), a de prestação de uma actividade física de natureza efémera executada por artistas intérpretes ou executantes ou por desportistas, e a organizacional prestada pelos produtores dos mesmos eventos. Ora, sobre os bens intelectuais incidem direitos intelectuais.

Questão polémica entre a doutrina é da a classificação dos direitos intelectuais como verdadeiros direitos de propriedade. Partindo de do previsto no Art.º 1303º do nosso CC, com a epígrafe *propriedade intelectual* e no corpo do qual se determina que *os direitos de autor e a propriedade industrial estão sujeitos a legislação especial*, mas mais afirmando, no seu n.º 2, que são subsidiariamente aplicáveis a estes tipos de direitos as disposições do mesmo código (atinentes às regras de propriedade) sempre que se harmonizem com a natureza daqueles direitos e não contrariem o seu regime especial, encontramos autores que propugnam pela integração dos direitos sobre bens intelectuais num direito maior e abrangente que é o direito de propriedade e outros que entendem que esta é uma expressão pouco rigorosa, pois a natureza incorpórea dos objectos dos direitos intelectuais não permitem a sua classificação como direito de propriedade, na medida em que é insusceptível de domínio material absoluto.

Defendendo, em concreto, o direito ao espectáculo, como direito de propriedade, encontramos entre a doutrina nacional, Costa Pimenta²⁴⁶, que afirma que “(...) sobre o espectáculo, desportivo ou não, incide o velho e «verdadeiro» direito de propriedade, com a particularidade resultante da sua natureza incorpórea ou imaterial.” Aliás, em nota de rodapé a esta afirmação (nota 46), este autor afirma, categoricamente, que no seu entendimento, os direitos de autor e de propriedade industrial são, nas suas palavras (...) *como se extrai da lei, verdadeiros direitos de propriedade.*” O autor em referência entende que o direito de propriedade enquanto poder directo, imediato e exclusivo sobre uma coisa que permite ao seu titular gozar de modo pleno e exclusivo os direitos a usar, fruir e dispor da mesma, pode incidir sobre bens incorpóreos. Daqui conclui, então, este autor, que, uma vez que o direito ao espectáculo não conhece regime jurídico específico previsto na lei, ao mesmo se aplicarão todas as regras do CC previstas para o direito de propriedade que se harmonizem com a sua natureza imaterial. Este autor defende, ainda, que se deve atribuir um significado amplo à epígrafe do Art.º 1303º do CC que a permita abranger não só os direitos de autor e a propriedade industrial, mas também, outros tipos de protecção de bens incorpóreos.

Dos Estados Unidos da América, Berry e Wong²⁴⁷ explicam que se entendeu inicialmente que os direitos sobre a transmissão e descrição dos jogos e encontros desportivos se encontravam em conceitos da *common-law* mas que, mais tarde, com a evolução tecnológica e a capacidade de reaproveitamento daqueles eventos trazida por esta, a intervenção legislativa tornou-se inevitável, tendo sido entretanto publicado o *Sports Broadcasting Act* de 1961. Na

²⁴⁶ *Op. cit.*, pp. 62 e 63.

²⁴⁷ **Robert C. Berry e Elenn M. Wong**, *Law and Business of the Sports Industries - Common Issues in Amateur and Professional Sports*, Vo. II, 2nd Edition, pp. 713 a 716.

decisão *Pittsburgh Athletic Co. v. Broadcasting Co.*, de 1938, é declarado pelo tribunal, no âmbito ainda apenas de relatos jogada-a-jogada e de divulgação de resultados dos jogos, que como organizador do jogo e entidade com o controle sobre o acesso ao recinto, o demandante era titular de um *property right* sobre tais informações, tendo, conseqüentemente, o direito de controlar o uso das mesmas durante um período razoável após o jogo, e que o demandado praticava actos de concorrência desleal ao emitir tais relatos, mais violando os direitos de propriedade do demandante²⁴⁸.

Por sua vez, Emmanuel Wagner²⁴⁹ está, de igual modo, com aqueles que entendem que o evento desportivo gera um direito de propriedade. Entende que, no domínio das obras do espírito, a lei francesa sobre a propriedade literária e artística de 1957 (Lei n.º 57-298, de 11 de Março) exprime a noção de que o facto constitutivo dessa propriedade é a criação²⁵⁰. Daqui conclui, quanto ao direito ao espectáculo, que este é um decalque das noções e dos mecanismos da propriedade literária e artística e que, como os direitos de exploração são o corolário do poder de dispor e de fruir da obra, o direito a difundir é a consequência jurídica desse direito de propriedade.

²⁴⁸ *Idem*, p. 715. O mesmo decidiu o Supremo Tribunal de Nova Iorque que declarou, no âmbito do caso *National Exhibition Co. v. Fass*, em 1955, que o demandante, como entidade que detinha a equipa de baseball profissional *New York Giants*, como proprietário e produtor de uma exibição de baseball profissional, tem um direito de propriedade que lhe permite vender a terceiros a informação sobre descrições e resultados dos jogos, direitos estes de grande valor para aquela entidade. Produzindo recriações do jogo sem o consentimento do demandante e sem que lhe tenha sido dada qualquer contrapartida, o demandado privava aquele da justa retribuição pelo seu trabalho e investimento, p. 716.

²⁴⁹ *Aspects Juridiques du reportage sportif*, in AAVV, *Le spectacle sportif: actes du Colloques de Limoges du 12 au 14 Mai 1980*, Presses Universitaires de France, Publications de la Faculté de Droit et des Sciences Economiques de Limoges, Limoges, 1981, pp. 164 e 165. Quanto à determinação do proprietário do espectáculo vejam-se pp. 165 a 170, sendo que este autor conclui ser o clube, no caso dos desportos colectivos, não por ser o organizador do jogo mas porque este se confunde com a equipa que, ao jogar, *cria* o jogo (p. 169.).

²⁵⁰ Lê-se no Art.º 1º dessa mesma lei : *L'auteur d'une oeuvre de l'esprit jouit sur cette oeuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous.*

Do outro lado, encontramos os autores que entendem que a incorporalidade do bem sobre que incidem os direitos de natureza intelectual obstam à sua qualificação como verdadeiros direitos de propriedade. Entre estes encontramos Oliveira Ascensão que assim conclui face à impossibilidade dominial física absoluta sobre os bens imateriais, insusceptíveis de posse e apropriação exclusiva após quebra de inédito²⁵¹. Afirmar que “A obra literária e artística é inapropriável.”, concluindo, no que respeita ao direito de autor, que o mesmo é um direito “(...) exclusivo temporário de exploração económica da obra.”²⁵². E mais especificamente, quanto aos direitos conexos ao direito de autor - que aqui nos interessam particularmente pelo facto de os direitos dos produtores de fonogramas e de videogramas, que se encontram expressamente regulamentados no CDADC, se aproximarem, em vários elementos, deste nosso direito ao espectáculo – ensina o mesmo Professor que, estando em causa uma prestação (organizacional e empresarial, acrescentamos nós), mais uma vez estamos perante uma realidade não apropriável, pelo que, o que temos, será, mais uma vez, um direito exclusivo referente a utilizações concretas da prestação protegida, em que o exclusivo não incide sobre a exploração económica da prestação enquanto poder abstracto, mas antes sobre faculdades típicas que a lei prevê pertencerem exclusivamente ao titular do direito conexos em causa.²⁵³ Nesta mesma obra, e especificamente no que respeita ao direito ao espectáculo, o mencionado Ilustre Professor conclui da seguinte forma “(...) há que admitir outro direito conexo, que é o direito ao espectáculo.”²⁵⁴

²⁵¹ Direito de Autor e Direitos Conexos..., p. 674.

²⁵² *Idem*, p. 686.

²⁵³ *Ibidem*.

²⁵⁴ p. 598. Assim também se lê nas seguintes obras do mesmo autor: *Direito à Informação...*, p. 16; ou em *Direito ao espectáculo*, p. 149. Neste sentido, ainda, Alberto Sá e Mello, *Filmagem...*, p. 68; Pascal Kamina, *Towards new forms of property rights...*, pp. 284 e 285.

Mas o mesmo autor, quando se refere ao direito de arena, põe em causa a sua qualificação na lei brasileira como direito conexo ao direito de autor, uma vez que este incide sobre espectáculos desportivos que nada têm a ver com obras protegidas, justificando essa qualificação apenas com o facto de o seu conteúdo, tal como o dos restantes direitos conexos positivados, consistir no poder positivo de autorizar e negativo de impedir certas utilizações do espectáculo desportivo, mais referindo que esta é uma característica dos direitos exclusivos e não próprios característicos apenas do direito de autor²⁵⁵.

Massaguer²⁵⁶ entende que o direito ao espectáculo (ou *derechos audiovisuales*, no caso que este autor analisava, sobre eventos desportivos) se trata, antes, de um direito atípico, uma vez que não se encontra na lei a integração do mesmo em qualquer categoria jurídica de direitos já positivados e conhecidos. Na senda deste autor, Nerea Sanjuán²⁵⁷ conclui, assim, que os direitos audiovisuais são direitos sobre bens imateriais, de carácter atípico, que se consideram próximos dos direitos de propriedade intelectual pela natureza do bem sobre que incidem, pelo que se deverá recorrer, embora com cautela atentas as diferenças entre os tipos de bens em causa, às regras que regulam a mesma propriedade intelectual, para a sua análise e estudo.

A doutrina parece ser unânime em classificar o espectáculo como *bem intelectual*, e bem assim o direito ao espectáculo como um direito intelectual. De igual modo, já o Acórdão do Supremo Tribunal de

²⁵⁵ Em *Um inovação brasileira...*, p. 101. Cfr. **Carlo E. Mayr**, *op. cit.*, p. 356, pois este autor entende que o direito do produtor teatral sobre o espectáculo partilha a *ratio* dos direitos conexos ao direito de autor, aí se lendo “*Il produttore teatrale è soggetto indispensabile per l’esecuzione di molte opere portette, e comunque svolge un ruolo importante nella circolazione delle idee e nella diffusione della cultura. Ciò corrisponde allora alla ratio dei diritti connessi (...).*”.

²⁵⁶ Citado por Nerea Sanjuán, *op. cit.*, pp. 294 e 295, nota 47.

²⁵⁷ *Op. cit.*, p. 309.

Justiça, de 21 de Maio de 2009 acima identificado, assim o qualifica, como direito intelectual, concluindo que *“O direito ao espectáculo constituído pela realização de dois jogos de futebol é um direito intelectual que pertence ao dono do espectáculo.”*

Pensamos que a conclusão de que o direito ao espectáculo é um direito intelectual é uma primeira conclusão que podemos tirar de forma segura, na medida em que esta afirmação decorre do facto de o mesmo incidir sobre um bem de natureza incorpórea, imaterial, e intelectual.

No entanto, esta conclusão, só por si, é insuficiente para podermos dizer que está encontrada a natureza jurídica do direito ao espectáculo. Para tanto, devemos, ainda tomar posição sobre a dicotomia, direito de propriedade - direito de exclusivo e ainda sobre a sua natureza conexa ou não ao direito de autor.

Não vamos discutir a perspectiva histórico-jurídica ou mesmo filosófica do direito de propriedade já que esta é matéria de uma vastidão que se estende, em muito, para lá do que pretende ser esta nossa dissertação.

Os direitos intelectuais de natureza autoral, tanto o direito de autor, como os direitos conexos, são, em relação aos seus titulares originários, direitos absolutos²⁵⁸, e nisto coincidem com o direito de propriedade. São direitos absolutos porquanto são oponíveis *erga omnes*, isto é, não carecem de qualquer vínculo contratual celebrado entre o titular do direito e qualquer outro sujeito para que qualquer terceiro fique obrigado a respeitar aquele mesmo direito, ou para que

²⁵⁸ **Oliveira Ascensão** em A tipicidade dos Direitos Reais..., p. 269, chama a atenção para o facto de os contratos de autorização gerarem direitos relativos, uma vez os direitos daqueles decorrentes não podem ser opostos a terceiros transmissários do direito.

o seu respectivo e legítimo titular possa opor-se a toda a acção humana que tenha como resultado a sua violação. Parece-nos, porém, que esta é só uma coincidência, até porque os direitos exclusivos partilham desta mesma característica, da sua oponibilidade *erga omnes* pelo que não é de retirar qualquer conclusão desta primeira observação.

O objecto do direito de propriedade definido no CC, no seu Art.º 1302º aparentemente exclui as coisas incorpóreas enquanto determina que *só as coisas* corpóreas são objecto daquele direito tal como regulado no mesmo código. O que perturba esta conclusão é a epígrafe do Art.º 1303º na qual se lê a expressão *Propriedade Intelectual*. No entanto, se continuarmos a análise deste último preceito, do mesmo não decorre, em nosso entender, que a lei qualifique os direitos de autor e os direitos de propriedade industrial, de forma indubitável, como direitos de propriedade. A parte verdadeiramente dispositiva da mesma norma sujeita aquelas duas categorias de direitos a legislação especial e apenas manda recorrer ao regime da propriedade sobre coisas corpóreas, subsidiariamente, isto é, quando os regimes especiais de cada uma daquelas categorias de direitos não resolvam o caso concreto, aplicação essa que se sujeita ainda ao limites de harmonização e não contrariedade com a natureza do direito de autor e dos direitos de propriedade industrial, bem como os cada um dos seus regimes especiais.

Se em seguida analisarmos o conteúdo do direito de propriedade tal como este se encontra previsto no Art.º 1305º do CC, percebemos que, em especial no que concerne ao direito de autor, este contendo uma natureza mista, de conteúdo patrimonial e de conteúdo moral, deixa de se poder subsumir integralmente a este tipo de direito, já que as faculdades compreendidas no âmbito pessoal do direito de autor vão muito para lá de um exercício de uso, fruição e disposição

das obras (aliás, o direito moral de autor é mesmo inalienável nos termos do Art.º 56º, n.º 2 do CDADC), criando com estas uma relação muito mais próxima de um direito de personalidade, na medida em que faculdades como o direito ao inédito, o direito de retirada ou mesmo o direito à integridade da obra visam proteger a pessoa do autor e a exteriorização da sua identidade, da sua pessoa humana, enquanto ser ligado a uma obra artística que se torna o prolongamento de si mesmo.

Para além disto, a verdade é que os bens de natureza imaterial não são sujeitos a apropriação global, no sentido em que, o seu dom da ubiquidade poderá atribuir ao seu titular um direito exclusivo de exploração económica mas não um direito exclusivo ao seu gozo. Prova do que dissemos são os casos de utilização livre ou de licenças compulsórias que os direitos de autor e os direitos conexos conhecem (Art.ºs 75º, Art.º 184º, n.º 3 ou Art.º 189º do CDADC).

Outro exemplo de regra da propriedade prevista no CC inaplicável aos direitos de autor ou conexos é a da possibilidade de aquisição da mesma por ocupação (Art.º 1316º). Tal hipótese não se verifica perante qualquer destes direitos já que uma obra ou prestação de natureza intelectual é insusceptível deste tipo de acto. Tal facto constitutivo da propriedade pode até verificar-se quanto ao suporte material de uma obra, mas nunca quanto à sua paternidade. Parece-nos totalmente impensável que alguém que encontre obra inédita de autor que não consiga identificar adquira o direito à autoria da obra. Tal resultado jurídico violaria um pilar fundamental do direito de autor que é o de que a obra pertence ao seu criador intelectual, o que quer dizer que, se o autor viesse reclamar, ou mesmo os seus herdeiros, a paternidade de uma obra e o conseguisse provar não poderia colher qualquer invocação por parte do achador de que teria “ocupado” a mesma pela assunção da sua paternidade e pelo exercício

dos direitos próprios do direito de autor, mesmo que cumpridas todas as formalidades de aviso previstas no Art.º 1323º do CC.

Não obstante tudo isto que alegamos, temos consciência de que um contra argumento de grande validade é o que alega que o Art.º 1303º, nos seus n.ºs 1 e 2, visa precisamente clarificar, pela remissão para legislação especial a regulamentação do direito de autor e dos direitos de propriedade industrial, e mandando aplicar apenas subsidiariamente e no que não contrair a natureza e os regimes especiais daqueles direitos, as regras da propriedade previstas no CC que o direito e propriedade tem duas vertentes, dois ramos, ou dois tipos de direitos: um sobre coisas corpóreas e outro sobre coisas incorpóreas.

E o que é deveras interessante nesta questão de saber se os direitos de autor e conexos e os direitos de propriedade industrial são verdadeiros e genuínos direitos de propriedade é que tudo parte de querermos partir do regime para a qualificação sobre a natureza ou da natureza para a integração no regime. Como atrás dissemos entender, a natureza jurídica decorre do regime e não o contrário, o que acima dissemos permite antecipar a nossa conclusão. Não aceitamos pacificamente a integração destes direitos no direito de propriedade e preferimos entendê-los como direitos exclusivos sobre a exploração económica de bens imateriais. Para tanto, encontramos como argumento determinante aquele que já Oliveira Ascensão aduziu e que pela sua abstracção lógica, subtileza e total concordância com a construção dogmática destes direitos, nos ajudou a resolver o dilema: depois de postos licitamente em circulação os bens sobre que incidem estes direitos são efectivamente utilizados por terceiros sem que para tanto seja possível que os seus titulares o impeçam como nos casos já cima mencionados das utilizações livres.

Quanto à qualificação ou não deste direito como conexo ao direito de autor começamos por referir aqui o caso da protecção das bases de dados, para as quais a lei²⁵⁹ prevê, para além do direito de autor que incide sobre o critério, a selecção e a disposição dos dados, quer estes sejam ou não, em si, obras protegidas pelo direito de autor (Art.º 4º e segs.), um outro direito intitulado *sui generis* que visa proteger o resultado do esforço, energia e investimento empresarial do seu fabricante, na nossa legislação denominado *direito especial do fabricante* (Art.º 12º e segs.). Tal como afirmam tanto Oliveira Ascensão²⁶⁰ como Alberto Sá e Mello²⁶¹ esta qualificação de *sui generis* ou *especial* acaba por nada contribuir, esclarecer ou definir, quanto à natureza jurídica deste direito de protecção do investimento do fabricante de uma Base de Dados, limitando-se a dizer que ele é *diferente* sem dizer o que é. Neste caso, do direito especial do fabricante da Base de Dados optou-se, claramente, por fugir à qualificação deste direito intelectual como um direito conexo ao direito de autor, talvez, como diz Alberto Sá e Mello²⁶² porque os direitos conexos, “(...) representam a figuração de um obra; o direito *sui generis* não.” Mas não podemos esquecer que os direitos conexos ao direito de autor protegem prestações empresariais com vista, igualmente, a proteger o investimento do seu “fabricante”, neste caso o produtor, que geram suportes que podem não conter conteúdos protegidos pelo direito de autor, como é o caso, por exemplo, dos fonogramas e dos videogramas. Contudo, optou-se por atribuir-lhe aquela natureza autoral conexa, porquanto, estamos em crer, os seus produtos são veículo privilegiado de difusão de obras e de prestações artísticas.

²⁵⁹ Decreto-Lei n.º 122/2000, de 04 de Julho.

²⁶⁰ *Bases de Dados Electrónicas: O Estado da Questão em Portugal e na Europa*, Direito da Sociedade da Informação, Vol. IIII, Separata, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, p. 15.

²⁶¹ *Tutela Jurídica das Bases de Dados (a transposição da Directiva 96/9/CE)*, Direito da Sociedade da Informação, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, p. 159.

²⁶² *Tutela Jurídica das Bases de Dados...*, p. 160.

O espectáculo de natureza artística e o seu produtor, chegados a este momento da nossa dissertação podemos declará-lo com segurança, são bens e titulares que merecem protecção própria, aquele como bem de valor económico e intelectual autónomo das obras e prestações que integram. Se os argumentos acima aduzidos quanto ao direito de arena valem, de facto, quanto ao distanciamento que existe entre o bem imaterial protegido – o evento desportivo – e o direito de autor, já no caso das bases de dados a sua situação é mais próxima dos fonogramas e dos videogramas enquanto tanto estes como aquelas podem conter ou não, no seu conteúdo, obras protegidas pelo direito de autor. O que é facto é que no caso das primeiras a qualificação legal deste direito como *sui generis* pretendeu excluir o mesmo da categoria dos direitos conexos ao direito de autor, enquanto que, no caso dos segundos, a lei, desde a sua criação, que os qualificou como direitos conexos ao direito de autor.

Sem esquecer que estamos agora a tratar da natureza jurídica do direito ao espectáculo, entendemos que, no que concerne a este direito tal como o mesmo se encontra previsto no CDADC, no seu Art.º 117º, o mesmo se deve entender, sim, como conexo ao direito de autor²⁶³.

E defendemo-lo por três ordens de razões.

Em primeiro lugar, porque este direito é atribuído a uma prestação empresarial que visa, acima de tudo, dar forma e por em circulação obras e prestações protegidas no âmbito do Direito de Autor, e é essa mesma razão a que justifica a integração dos direitos dos produtores

²⁶³ Curiosamente **Adolf Dietz**, em *El Derecho de Autor en España y Portugal*, Ministerio de Cultura, Madrid, 1992, pp. 54 e 55, defende que embora a o CDADC não o qualifique como tal, na ordem jurídica portuguesa assiste ao produtor cinematográfico um direito conexo, qual direito conexo próprio do produtor.

de fonogramas e de videogramas nos direitos conexos ao direito de autor²⁶⁴.

Em segundo lugar, porquanto o seu conteúdo legalmente definido é, de facto, decalcado do conteúdo dos direitos conexos daqueles produtores, coincidindo com as faculdades de autorizar ou proibir a reprodução, a distribuição e a comunicação pública do espectáculo previstas no Art.º 184º do CDADC (ver no ponto IV. 6.).

Em último lugar, porque entendemos que a positivação de um regime jurídico aplicável a este direito é essencial e que, no caso do direito ao espectáculo previsto no CDADC o mesmo, pela sua ligação a um conteúdo igualmente protegido pelo direito de autor (obras e prestações artísticas) deve ser regulamentado de forma harmonizada com os restantes direitos conexos previstos no mesmo Código. Aliás, já acima recorremos, nomeadamente na integração da duração deste direito, à disciplina dos direitos conexos ao direito de autor, pela proximidade que a natureza do direito ao espectáculo e dos restantes direitos conexos ao direito de autor se nos apresentava.

Já no que toca ao direito ao espectáculo desportivo defendemos que o mesmo deve ser regulado noutra sede e integrado no âmbito da legislação que disciplina a actividade desportiva. Isto não só porque não existe, de facto, em nosso entender, qualquer conexão entre o direito que visa tutelar o investimento na realização de um jogo de qualquer modalidade desportiva e o conceito de obra protegida pelo direito de autor, mas também porque, assim como no caso da tutela das bases de dados se entendeu que o direito que tutela o investimento do seu fabricante poderia ter um regime especial, como um direito intelectual exclusivo e absoluto com disciplina própria e sem qualquer recurso ao regime autoral ou conexo a este, neste caso

²⁶⁴ Cf. **Carlo E. Mayr**, *op. cit.*, p. 356.

do direito dos organizadores desportivos (assim como naquele direito especial sobre a informação contida nas bases de dados), apesar de verem tutelado o mesmo activo (esforço e investimento) e se traduzirem em poderes de autorizar ou impedir reutilizações dos conteúdos protegidos, devem ver o seu exercício regulado de acordo com as suas especificidades e exigências.

O regime do direito ao espectáculo desportivo pode justificar, designadamente, que se definam prazos de duração diferentes ou regras especiais de determinação do seus titulares. Não esqueçamos que, no caso dos eventos desportivos, existe sempre mais do que um sujeito que pode concorrer para esta determinação, a saber, ambos os clubes cujas equipas disputam as partidas e que em cada jogo fazem investimentos próprios e concretos, um comum de gestão e manutenção das respectivas equipas, outros divididos entre aquele que recebe a partida no seu recinto e o seu investimento inerente a essa mesma recepção, e aquele que desloca a sua equipa ao recinto do adversário que investe na deslocação e em eventual local próprio de treino ou estágio, custeando ainda alojamento e demais despesas inerentes a essa deslocação dos seus jogadores e demais técnicos, como viagens ou alimentação; já para não falar no papel das ligas de clubes que se tornam entidades reguladoras mas também organizadoras das competições.

Mas no que respeita ao direito ao espectáculo previsto no Art.º 117º do CDADC, isto é, ao direito sobre os espectáculos de representação cénica, recitação ou execução, o mesmo é, parece-nos, um direito de natureza intelectual, de exclusivo, absoluto e conexo ao direito de autor.

10. MEIOS DE DEFESA DO DIREITO AO ESPECTÁCULO

O presente capítulo pretende identificar os meios de que o produtores de espectáculos de natureza artística se podem servir no combate à violação do direito ao espectáculo.

A primeira consideração a fazer respeitará ao instituto da responsabilidade civil, isto porque, nos termos gerais previstos no CC, e especiais (veremos porquê) do CDADC, aquele que viole direito de outrem fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação.

O CDADC, no seu Art.º 211²⁶⁵ e sob a epígrafe *Indemnização*, contém, no seu n.º 1, uma réplica do princípio geral da responsabilidade civil por factos ilícitos prevista no n.º 1 do Art.º 483º do CC. Este n.º 1 do Art.º 211º consagra, assim, expressamente a possibilidade de recurso a este instituto da responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana, nos casos de violações de direitos de autor e de direitos conexos²⁶⁶.

²⁶⁵ Com a redacção que lhe foi dada pela Lei 16/2008, de 1 de Abril, que transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva 2004/48/CE, do Parlamento e do Conselho, de 29 de Abril de 2004, conhecida como Directiva do Enforcement, que teve como objectivo harmonizar as legislações dos Estados Membros no sentido de atribuir aos titulares de direitos de propriedade intelectual meios reforçados e eficazes de defesa destes direitos exclusivos, fazendo face às dificuldades que a natureza dos bens protegidos - imaterial (nomeadamente pela sua facilidade de circulação, reprodução ou mesmo pelo universo geográfico que pode alcançar a sua disseminação) -, confere aos titulares destes direitos, no encalço do ressarcimento por e na procura da cessação das explorações ilícitas. Dificuldades essas que, com o advento da internet, aumentaram exponencialmente. Sobre o regime da Directiva, antes da sua transposição, veja-se, **Adelaide Menezes Leitão**, *A tutela dos direitos de Propriedade Intelectual na Directiva 2004/48/CE*, Direito da Sociedade da Informação, Vol. VII, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 173 a 205.

²⁶⁶ Não reconhecemos necessidade desta previsão expressa inserida no CDADC já que aquele preceito do CC seria suficiente para fazer operar o mesmo instituto em sede de direito de autor e de direitos conexos.

Contudo, os n.ºs 2 a 6 do mesmo preceito do CDADC contêm regime específico no que respeita aos elementos a ter em conta para o cálculo do valor da indemnização a atribuir ao lesado, no caso de violação daquele tipo de direitos, que se distanciam das regras do CC.

Daqui decorre que, no que concerne ao direito em análise nesta parte do nosso trabalho, uma questão prévia merece ser colocada, e que é a de saber se este regime específico de cálculo do direito à indemnização se aplica aos casos de violação do direito ao espectáculo, uma vez que o mesmo parece ser aplicável caso apenas estejam em causa violações do direito de autor ou de direitos conexos. O que parece significar que, tal fórmula de cálculo do direito à indemnização apenas será aplicável nos casos em que esteja em causa o direito ao espectáculo se o considerarmos como direito conexo ao direito de autor, pois caso contrário, a indemnização a atribuir ao lesado por violação deste direito deve obedecer às regras gerais previstas no CC (Art.ºs 562º e segs.).

Como anteriormente concluímos²⁶⁷ considerar o direito ao espectáculo como direito conexo ao direito de autor, por razões de coerência técnica somos agora levados a entender que o regime a aplicar para o cálculo da indemnização em casos de violação do mesmo deverá ser o previsto naquele Art.º 211º n.ºs 2 a 6 do CDADC.

Assim sendo, cumpre analisar com mais detalhe em que consistem as diferenças entre o regime geral do CC e o regime específico do Art.º 211º, n.ºs 2 a 6 do CDADC.

Tradicionalmente, e no que respeita às ordens jurídicas *continentais* (ou não integrantes do sistema de *common law*), a obrigação de indemnizar tem um objectivo reparador, isto é, garante que o lesado

²⁶⁷ Ver ponto anterior da presente dissertação.

verá a sua situação reposta tendo como medida a situação em que estaria caso não se tivesse verificado a lesão²⁶⁸. Nesta concepção ressarcitória da obrigação de indemnizar, quando estejam em causa danos patrimoniais, os elementos a ter em conta para o cálculo do valor a atribuir ao lesado são os chamados danos emergentes e lucros cessantes²⁶⁹ que este tenha efectivamente sofrido ou que previsivelmente venha a sofrer (Art.º 564º do CC).

Já a Directiva 2004/48/CE, no seu Art.º 13º, veio estabelecer um novo paradigma para a obrigação de indemnizar que vai para além daquela função reparadora e que exprimiu através da expressão contida naquele mesmo preceito, enquanto define que a indemnização deve ser *adequada ao prejuízo por este [lesado] efectivamente sofrido devido à violação (sublinhado nosso)*. No entender de Adelaide Menezes Leitão²⁷⁰, com esta previsão, deixou de haver uma correspondência exacta entre a medida do prejuízo do lesado e da indemnização a satisfazer pelo lesante, passando a haver um princípio geral de adequação entre as medidas daquele e desta, permitindo que o valor da indemnização seja até superior ao do prejuízo efectivamente sofrido²⁷¹. Tal alteração de paradigma concretiza-se, então, na introdução de elementos a ter em conta para efeitos de cálculo de indemnização que, se recorrêssemos à fórmula dos Art.ºs 562º e segs. do CC não seriam contabilizados.

²⁶⁸ É a chamada teoria da diferença. Ver **José Castro Guimarães**, Reflexão sobre o actual Art.º 211º do Código do Direito de Autor, 3ª parte, disponível em <http://www.emdireito.com/reflexao-codigo-direitos-autor>

²⁶⁹ Sobre os danos emergentes e os lucros cessantes que podem decorrer da violação de um direito de propriedade intelectual, ver **António Santos Abrantes Geraldes**, Indemnização por Infracção aos Direitos de Propriedade Intelectual, ponto 5.4, disponível em http://www.cjlp.org/materias/indemnizacao_infraccao_direitos_propriedade_intelectual.html

²⁷⁰ *Op. cit.*, p. 193.

²⁷¹ *Idem*, p. 194.

O Art.º 211º do CDADC prevê, assim, dois critérios²⁷² de cálculo do valor da indemnização, constituídos cada um por vários elementos a considerar e contabilizar para o cálculo desse valor, e funcionando um como subsidiário do outro. O primeiro critério consta dos n.ºs 2 a 4, o critério subsidiário do n.º 5 daquela mesma norma.

Ambos contêm novidade. No caso do primeiro critério a novidade consiste, na consideração, para além dos danos emergentes e dos lucros cessantes:

- i) do lucro obtido pelo infractor (na integração deste recorre-se-á à importância recebida pelo transgressor, resultante da conduta ilícita, como a receita dos espectáculos ilicitamente realizados – n.º 3 do Art.º 211º, regra já prevista na anterior versão do preceito);
- ii) dos encargos que o lesado teve com a protecção do direito violado, bem como com a investigação e cessação da conduta lesiva (n.º 2);

Prevê-se, ainda, expressamente no Art.º 211º, n.º 4, do CDADC que devem ser indemnizados os direitos não patrimoniais, tendo em conta a gravidade da lesão e o grau de difusão ilícita do objecto mediato (obra ou prestação) do direito violado.

Já no caso do critério subsidiário, que opera caso não seja possível determinar, com base nos elementos do primeiro critério, o montante do prejuízo efectivamente sofrido e desde que o lesado não se oponha, o tribunal pode determinar uma quantia fixa com recurso à equidade, que tem de ter como montante mínimo o valor que o lesado auferiria caso tivesse concedido licença adequada à utilização que o

²⁷² Adoptamos o termo critério, na senda de **Luís Menezes Leitão** em *A transposição da Directiva 2004/48/CE sobre a aplicação efectiva dos direitos de propriedade intelectual efectuada pela Lei 16/2008, de 1 de Abril*, Direito da Sociedade da Informação, Vol. VIII, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 291.

infractor fez da obra ou da prestação, adicionado dos encargos que o lesado teve com a protecção do direito violado, bem como com a investigação e cessação da conduta lesiva. Como comenta Luís Menezes Leitão²⁷³, este critério subsidiário permite, ainda, que o tribunal recorra a outros elementos, na medida em que aqueles que o n.º 5 prevê, são contabilizados obrigatoriamente, por forma a encontrar o montante *mínimo* daquela quantia fixa a determinar, podendo assim considerar-se a aplicação de outros factores, nomeadamente, a gravidade da infracção e o grau de culpabilidade do agente, parecendo, assim, entender este autor, que naquela quantia fixa se podem considerar também os danos morais.

O n.º 6 do Art.º 211º prevê que, quando a conduta do infractor seja reincidente ou se revele especialmente gravosa, o tribunal poderá, na determinação do valor da indemnização, recorrer a todos ou a alguns dos critérios previstos nos n.º 2 a 5, cumulativamente. Para nós, é aqui que encontramos, sem margem para dúvidas, uma manifestação da consagração legal, no nosso ordenamento, da função punitiva da responsabilidade civil.

De facto, ao analisarmos os elementos dos critérios acima descritos, encontramos elementos estranhos aos danos emergentes e aos lucros cessantes, nomeadamente os lucros obtidos indevidamente pelo infractor, que são apresentados como verdadeira parcela a acrescentar às outras duas. Daqui podemos retirar, desde logo, que o valor da indemnização pode, efectivamente ser superior ao prejuízo

²⁷³ *Op. cit.*, pp. 292 e 293. Este autor refere ainda que, o elemento deste segundo critério, que recorre ao valor que o lesado receberia caso tivesse concedido a licença é próprio do enriquecimento sem causa, por intervenção, pois neste instituto se considera precisamente apenas a contrapartida da licença tal como se tivesse sido concedida, considerando-se que os valores obtidos pelo infractor, acima desse montante, decorrem não da ausência de causa, mas do próprio contributo deste, pelo que não são integrados no empobrecimento do lesado (p. 292).

realmente sofrido pelo lesado. Na senda de Abrantes Geraldês²⁷⁴, digamos que, na verdade, estes lucros obtidos pelo infractor podem coincidir em parte com os lucros cessantes, por exemplo, no caso em que o titular do direito deixou de receber uma receita percentual sobre a venda de exemplares da obra ou da prestação, que receberia nos termos da licença que deveria ter sido concedida. Já no que respeita à percentagem que caberia ao infractor com essa mesma venda, mesmo que essa comercialização fosse licitamente efectuada, a sua tomada em consideração para efeitos de cálculo de indemnização, configura em nosso entender, uma parcela realmente diferente da dos lucros cessantes, que será acrescida a estes (e aos danos emergentes), passando assim o cômputo objectivo do prejuízo do titular do direito violado, pois que o lesado nunca receberia tal valor, nem no caso em que a autorização necessária tivesse sido dada, pois não fazia parte dos lucros que receberia nos termos do acordo a celebrar²⁷⁵.

Neste caso – em que são atribuídos ao lesado lucros obtidos indevidamente pelo infractor e que aquele não receberia caso a licença tivesse sido devidamente concedida – estamos então claramente perante uma função diferente da função meramente reparadora da responsabilidade civil, que se concentra na análise da posição do lesado e do estado em que o seu património deveria estar caso não se tivesse verificado a lesão, e que agora passa a enfocar o critério de determinação do valor, também na esfera do lesante e nas

²⁷⁴ *Op. cit.*, ponto 5.8.4.. Este autor chama ainda a atenção, no mesmo ponto do seu trabalho, para o facto da tomada em consideração dos lucros indevidamente obtidos pelo infractor não implicar a transição da sua totalidade para o lesado, isto é, a condenação da entrega a este do montante global desses lucros. Devem antes ser, de acordo com o prudente arbítrio do julgador, tais lucros considerados de modo a que prossigam um adequado ressarcimento do titular do direito violado e nomeadamente tendo em conta as despesas que o próprio lesante teve com a actividade lesiva.

²⁷⁵ A gestão colectiva de direitos de autor tabela os preços de muitas utilizações tipo e estes quadros de valores podem determinar o que caberia ao autor e ao utilizador em caso de concessão de autorização, o que corrobora a hipótese explanada no parágrafo do texto que aqui anotamos.

necessidades de controle ético-jurídico deste²⁷⁶ e da comunidade, o mesmo é dizer, nas necessidades de prevenção especial e geral que visam evitar a repetição das condutas lesivas. Lê-se no Acórdão da Relação do Porto, de 27 de Janeiro de 2009²⁷⁷, sobre a indemnização em sede de direito de autor e de direitos conexos, que “ (...)presentemente, a indemnização assume uma tríplice vertente ou natureza, a saber: a) ressarcitória, na medida em que pretende tornar indemne danos emergentes, lucros cessantes, danos morais (...), b) correctiva, pois que visa remover o lucro ilícito e os benefícios indevidamente obtidos pelo infractor; c) preventiva e dissuasora já que pretende evitar que, no futuro o infractor reitere a sua actividade ilegal.”.

Mas, em nosso entender, mais intensa do que previsão da tomada em consideração dos lucros obtidos pelo infractor, é a previsão do n.º 6 do Art.º 211º do CDADC, que estipula que, quando em relação ao mesmo lesado, a prática da infracção for reiterada ou especialmente gravosa, o tribunal pode recorrer a todos ou alguns dos elementos previstos nos n.ºs 2 a 5 daquele Art.º 211º. Em nosso entender, a possibilidade consagrada naquele n.º 6 de aumentar o valor da indemnização, nomeadamente por motivos de reincidência, e com

²⁷⁶ Sobre a função punitiva da responsabilidade civil em Portugal e o seu tratamento comparado com os *punitive damages* de origem anglo-saxónica, ver **Paula Meira Lourenço**, A indemnização punitiva e os critérios para a sua determinação, disponível em

<http://www.stj.pt/nsrepo/cont/Coloquios/indemnizacao%20punitiva-paula%20meira%20lourencopdf.pdf>

Neste trabalho a autora explica que um dos principais objectivos dos *punitive damages* da *common law* é o de impedir a subversão do sistema que a sua inexistência - ou a função meramente reparadora da obrigação de indemnizar -, proporciona, e que consiste no facto de a infracção poder compensar financeiramente (numa espécie de “o crime compensa”), pois o valor a pagar ao lesado será inferior aos lucros obtidos com a actividade infractora, e dá o exemplo da Ford que preferiu fabricar um carro com um problema mecânico que colocava em risco a vida dos seus utilizadores, do que alterar o referido modelo (Pinto), pois o lucro da venda dos carros seria superior às indemnizações a pagar às vítimas – caso *Grimshaw v. Ford Motor Co.* Neste caso o tribunal condenou a Ford a pagar, para além da indemnização compensatória, uma indemnização sancionatória ou punitiva de 125 milhões de dólares.

²⁷⁷ Disponível em http://www.trp.pt/jurisprudenciavel/civel08_6702.html

recurso a todos ou alguns dos elementos de cálculo previstos no mesmo preceito, revela que o tribunal estará claramente a fazer um cálculo que irá para além do prejuízo objectivo efectivo sofrido pelo lesado e que se baseia já num juízo valorativo da conduta do agente infractor, que determina que quanto maior o desvalor da conduta maior o valor da indemnização e maior o valor a receber pelo lesado, independentemente do prejuízo realmente sofrido. Esta concepção é, de facto, estranha à função reparadora da responsabilidade civil.

No que concerne ao titular do direito ao espectáculo, são exemplos de prejuízo com a violação daquele direito os valores que este possa ter deixado de receber através de receita de bilheteira em caso de difusão coincidente com as datas em que o espectáculo se encontra em cena e que tenha determinado o público a assistir ao mesmo sem se deslocar ao local, bem como os valores que este auferiria como contrapartida da autorização que deveria ter concedido, podendo, pensamos, ser consideradas como lucro indevido do infractor as receitas publicitárias de organismo de radiodifusão auferidas com a inserção de anúncios no intervalo do programa que contém o espectáculo ou com a venda de exemplares em caso de distribuição ilícita.

Aquele produtor tem, ainda, ao seu alcance todos os meios de obtenção e preservação da prova (Art.ºs 210º-A a 210º-E), de obtenção de informação necessária à defesa do seu direito (Art.º 210º-F) e as medidas cautelares (Art.ºs 210º-G e 210º-H), bem como a aplicação de sanções acessórias referentes ao destino dos bens utilizados na consumação da violação (Art.º 210º-I) e ao próprio infractor (Art.º 210º-J), e ainda o mecanismo da publicação da sentença (Art.º 211º-A), agora previstos no CDADC e introduzidos pela já mencionada Lei n.º 16/2008.

Outro instituto que devemos referir é o do enriquecimento sem causa. Alberto Sá e Mello²⁷⁸, afirma que devem pertencer a quem proporciona o espectáculo (neste caso referindo-se ao espectáculo desportivo) todas as vantagens patrimoniais que o bem produzido gera como resultado da sua existência, sob pena de enriquecimento sem causa de terceiros beneficiários que, sem autorização daquele organizador, tirem proveitos económicos da exploração do evento. Para nós, que entendemos estar consagrado na lei, quanto ao espectáculo de natureza artística, um verdadeiro direito ao espectáculo do respectivo produtor, entendemos, como atrás afirmado, que a violação ilícita deste direito integra, antes de mais, o instituto da responsabilidade civil.

A figura do enriquecimento sem causa está qualificada na doutrina, no que respeita aos direitos de propriedade intelectual, como enriquecimento por intervenção²⁷⁹, caracterizando-se este pelo facto de *alguém obter um enriquecimento através de uma ingerência não autorizada no património alheio*²⁸⁰, neste caso por utilização, não autorizada pelo titular do direito absoluto, das faculdades que o mesmo confere.

Esta figura, do enriquecimento sem causa, é, sabemo-lo, subsidiária, isto é, nos termos do Art.º 474º do CC, não há lugar à restituição por enriquecimento, quando a lei faculte ao empobrecido outro meio de reaver o valor do seu empobrecimento. Assim, no caso em apreço, em que a utilização do bem espectáculo, por terceiros, sem a devida autorização do respectivo produtor, é para nós imediatamente qualificada como responsabilidade civil aquiliana, o recurso ao

²⁷⁸ Em *Filmagen...*, p. 68.

²⁷⁹ Por oposição ao enriquecimento por prestação, por despesas realizadas em benefício de outrem e por desconsideração de um património intermédio. Para mais desenvolvimento na matéria veja-se **Luís Menezes Leitão**, *O Enriquecimento sem Causa no Código Civil de 1966*, Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 27.

²⁸⁰ **Luís Menezes Leitão**, *O enriquecimento...*, pp. 29 e 30.

instituto do enriquecimento sem causa só terá lugar, como afirma Luís Menezes Leitão²⁸¹, quando se pronuncia sobre a relação entre este dois institutos, se a reparação obtida pelo lesado for inferior ao valor do empobrecimento.

Ora, atento o novo método de cálculo da indemnização, em caso de responsabilidade civil por violação de direitos de autor e conexos, acima descrito, encontrando-se aí incluída a possibilidade de o tribunal determinar uma quantia fixa que se calcule, no mínimo, igual ao valor que o titular do direito obteria com a concessão devida da mesma autorização, encontramos já, na óptica deste mesmo autor, uma fórmula própria do enriquecimento sem causa, aqui absorvida pelo instituto da responsabilidade civil²⁸². Mas, para além disto, a panóplia de elementos a ter em consideração para o cálculo do valor da indemnização acima descritos e previstos no Art.º 211º do CDADC, que geram que o mesmo seja, com muita probabilidade, superior ao valor do prejuízo (nomeadamente, incluindo o lucro obtido indevidamente pelo infractor) tornam, em nosso entender, de uma probabilidade verdadeiramente diminuta, o recurso ao instituto do enriquecimento sem causa em casos de violação do direito de autor ou de um direito conexo. Permanece, assim, apenas, parece-nos, a hipótese em que falte um dos pressupostos da responsabilidade civil: em que não haja culpa do agente²⁸³.

Apenas uma referência de direito adjectivo: as acções que tenham por objecto a violação de direito conexo ao espectáculo devem ser interpostas no tribunal cível territorialmente competente.

²⁸¹ **Luís Menezes Leitão**, *O enriquecimento...*, pp. 29.

²⁸² **Luís Menezes Leitão**, *A transposição da Directiva 2004/48/CE...*, p. 292. Neste artigo o autor afirma: “*Esse critério é um vector típico, já não da responsabilidade civil, mas antes do enriquecimento por intervenção (...), já que neste instituto se considera no caso de intervenção em direitos de propriedade intelectual, aquilo que se obtém à custa do titular do direito é apenas a contrapartida de uma eventual licença, uma vez que o resultado da exploração se deve antes ao contributo do inventor.*”.

²⁸³ **António Santos Abrantes Geraldês**, *op. cit.*, ponto 7..

Uma última figura a analisar é a da concorrência desleal. Este instituto aparece, amiúde, como meio de reacção no que respeita à utilização por parte de terceiros de espectáculos desportivos e de natureza artística na doutrina nacional e internacional. Oliveira Ascensão afirma que, em caso de radiodifusão de espectáculo sem autorização do seu titular, considerando que a empresa de radiodifusão lucraria, nomeadamente com a venda de espaço publicitário, *“Provavelmente configurar-se-ia uma concorrência desleal, se verificados os restantes pressupostos.”*²⁸⁴ Alexandre Dias Pereira²⁸⁵, relembra que Acordo TRIPS/ADPIC²⁸⁶ aponta no sentido de a concorrência desleal ser aplicável, inclusivamente aos *trade secrets*, parecendo do Art.º 40º, n.º2 deste mesmo Acordo que a concorrência desleal deve ser aplicada a todos os direitos de propriedade intelectual previstos na sua Parte II, incluindo direitos de autor e conexos.

Na doutrina estrangeira Carl E. Mayr afirma verificar-se quanto aos espectáculos de natureza desportiva²⁸⁷. Elisabetta Loffredo afirma que o princípio da tipicidade atira os produtores de espectáculos de natureza não desportiva para o seu único recurso possível na defesa da utilização parasitária destes eventos: a concorrência desleal, que apelida de opção menos garantística do que se lhes fosse reconhecido um direito absoluto, por força das exigência de ónus da prova da

²⁸⁴ *O Direito ao Espectáculo*, p. 143. Este mesmo autor, em *Bases de Dados Electrónicas...*, p. 16, afirma que, se o objectivo era evitar o acto parasitário de quem se aproveitasse do material constante da Base de Dados para, por sua vez, o comercializar, esse mesmo objectivo poderia ter sido conseguido pela concorrência desleal.

²⁸⁵ *Arte, Tecnologia...*, p. 473.

²⁸⁶ Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights; Acordo sobre os aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio.

²⁸⁷ *Op. cit.*, p. 366 : *“All’orientamento che riconosce all’organizzatore di uno spettacolo sportivo un diritto esclusivo al suo sfruttamento economico può essere ricondotta anche la corrente di pensiero che assicura tutela all’organizzazione delle manifestazioni sportive tramite la disciplina della concorrenza sleale: e precisamente grazie al divieto di appropriazione dei pregi dei prodotti altrui.”*

existência dos pressupostos deste instituto²⁸⁸. Nos Estados Unidos *common law* o assunto é descrito por Aaron N. Wise como sendo tratado na qualidade de *misappropriation*, nas suas palavras, um ramo do direito da concorrência desleal, que impede que terceiro reverta para seu proveito os frutos do trabalho e do investimento levado a cabo por outrem²⁸⁹.

O instituto da concorrência desleal encontra-se previsto no nosso ordenamento jurídico no Art.º 317º do Código da Propriedade Industrial (CPI) ²⁹⁰ e constitui contra-ordenação (Art.º 331º CPI). A sua formulação contém, no corpo do n.º 1, um comando geral que integra na prática desta contra-ordenação todos os actos contrários às normas e usos honestos de qualquer ramo de actividade económica, em seguida, exemplificando alguns dos actos que se consideram concorrenciais desleais. Assim, o corpo daquele preceito permite integrar todo o acto, desconforme com as normas legais ou os usos honestos que, independentemente do sector de actividade em que se verifique e de haver ou não intenção do agente, seja praticado por um concorrente²⁹¹ e se mostre apto a interferir nas opções dos consumidores ou na posição concorrencial do agente fiel, como de concorrência desleal.

No caso de violação do direito ao espectáculo, que, por exemplo, ponha em causa receita de bilheteira por haver transmissão

²⁸⁸ *Op. cit.* p. 339.

²⁸⁹ *Op. cit.*, p. 7. Lê-se, ainda, neste artigo e na mesma página que a *misappropriation* pode ser de uma habilidade, do trabalho ou de um direito de propriedade de outrem. Mais se afirma que, já nos países da *Commonwealth*, porque nem a concorrência desleal nem um direito de propriedade sobre o espectáculo são reconhecidos nos seus ordenamentos, o produtor do espectáculo tem apenas à sua disposição a invocação de institutos tradicionalmente instituídos como a violação de uma obrigação contratual ou de marca.

²⁹⁰ Sobre os pressupostos da concorrência desleal veja-se, **Luís M. Couto Gonçalves**, *Concorrência Desleal*, Estudos em Memória do Prof. Doutor António Marques dos Santos, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 1031 e segs.

²⁹¹ Na definição dada por **Couto Gonçalves**, *op. cit.*, p. 1034, é o agente económico susceptível de influenciar o mercado, independentemente, quer da sua natureza jurídica, quer da dimensão ou natureza empresarial da sua unidade económica.

televisiva em directo do espectáculo, previamente anunciada, e não autorizada, que tenha feito com que consumidores tenham decidido deixar de ir à sala, parece-nos que estamos perante um acto de concorrência por aproveitamento do esforço e investimento de outrem, assim parasitário, logo desleal. Tratar-se-ia de um acto de concorrência desleal atípico, nos termos apenas do corpo do artigo 317º, n.º 1 do CPI²⁹². Uma vez que estamos perante um regime contra-ordenacional, parece-nos que nada impede que o mesmo seja aplicável em simultâneo com o instituto da responsabilidade civil. Aliás, como afirma Oliveira Ascensão “*Certas condutas (..) provocam um concurso de normas. São aplicáveis as normas relativas à concorrência desleal, mas são aplicáveis também as normas relativas à tutela [de] direitos privativos. (...)pode haver uma aplicação cumulativa de normas(...)*”²⁹³.

²⁹² Neste sentido, **Couto Gonçalves**, *op. cit.*, p. 1050.

²⁹³ Em Concorrência Desleal, Almedina, Coimbra, 2002, p. 73. Sobre a matéria após a entrada em vigor das alterações ao CPI de 2003, ver, do mesmo autor, *Concorrência Desleal: As Grandes Opções*, Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais, Homenagem aos Professores Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2007. Neste artigo o autor defende que só são qualificados como contra-ordenações, nos termos do Art.º 331º do CPI, os actos concretamente definidos nas als. dos Art.ºs 317º e 318º do mesmo Código (p. 124). Discordamos desta posição porquanto ficaria sem utilidade o advérbio de modo *nomeadamente* contido naquele Art.º 317º que entendemos permitir a existência de actos de concorrência desleal atípicos como acima defendido. Pensamos, ainda, que a expressão *definidos nos artigos 317º e 318º* englobam quer literal, quer teleologicamente, o proémio daquele Art.º 317º.

V. CONCLUSÕES

Retirem-se, da presente dissertação, as seguintes conclusões:

1. Por produtor, para efeitos do presente estudo, deve entender-se a pessoa singular ou colectiva que detém, gere e aplica, organizando e distribuindo, os necessários meios financeiros, técnicos e humanos, à materialização de um conteúdo imaterial – no caso em estudo, o espectáculo –, efectuando, para tanto, um investimento e um esforço produtivo. Daí que por produtor de espectáculos se deva entender a entidade que organiza, financia, se responsabiliza e leva a cabo a apresentação do resultado performativo – o espectáculo.
2. As expressões “produtor de espectáculos” e “empresário” são para nós, sinónimos.
3. Pode ocorrer uma situação de produção plural (mais de um produtor) ou co-produção de espectáculos que se verifica sempre que duas ou mais partes dividem, entre si, responsabilidades ao nível do investimento e da execução do processo produtivo para a prossecução de um objectivo comum, que é a produção de um espectáculo, e retiram deste vantagens económicas, quer de natureza puramente financeira, quer de natureza economicamente mensurável como o prestígio de se associar a um determinado evento na qualidade de co-produtor, sendo que nos casos de co-produção de espectáculos, as prestações e as contrapartidas das partes não são determinadas por qualquer norma jurídica, vivendo ao sabor de um mercado livre e da liberdade contratual.
4. Detém, portanto, a qualidade de (co-)produtor do espectáculo, a pessoa singular ou colectiva que investe, em dinheiro e/ou em espécie (com esforço de coordenação produtiva e/ou com recursos materiais e/ou humanos), na realização de um

- espectáculo, com o objectivo de receber um retorno desse investimento, economicamente mensurável, correndo o risco da respectiva exploração.
5. Importa também fixar, no plano ideativo, o conceito de espectáculo que, para efeitos do nosso estudo, deve entender-se como todo o evento que suponha investimento e organização segundo um plano preestabelecido, de conteúdo especialmente executado e orientado para a recepção presencial simultânea visual ou visual e sonora, e com o objectivo de satisfazer a vontade do público de assistir à sua apresentação. O espectáculo é, para o Direito, um bem imaterial, uma coisa incorpórea e deve ser, ainda, olhado sob dois prismas: i) como critério para, através da sua noção, se aferir se estamos perante uma realidade que corresponda ao bem objecto de direitos; ii) e como objecto de negócio sobre o qual o respectivo titular pode exercer poderes de transmissão definitiva ou temporária, total ou parcial, para outrem.
 6. Entendemos que o espectáculo não pode, enquanto tal, ser qualificado como obra em co-autoria, destacando-nos pessoalmente da concepção média sobre esta matéria, pois consideramos que a impossibilidade de utilização em separado de certo tipo de obras por razões funcionais pode existir sem que por isso se tenha de atribuir o direito de autor sobre essa obra em conjunto com os autores das restantes obras funcionalmente ligadas. Por isso, entendemos que a co-autoria apenas se verifica em obras do mesmo género artístico e quando as várias contribuições dos autores gerem uma unidade espiritual e criativa homogénea, uma obra una.
 7. O espectáculo também não é uma obra colectiva, parecendo-nos bastante perigoso concluir num sentido que atribua a quem propõe a vários autores a criação de um espectáculo, a qualidade de empresário tal como esta é valorada no conceito de obra colectiva. A simples escolha da identidade dos autores

ou mesmo de algumas das obras a executar parece insuficiente para se poder dizer que há uma selecção e, acima de tudo, uma organização que resulte numa expressão conjunta reveladora de uma nova criação intelectual destacada das obras que serão executadas.

8. Não cremos que o espectáculo consista em obra nova unitária, que resulte do seu processo de concepção e concretização. Não se pode dizer que exista uma nova expressão, um novo objecto de criatividade autónoma, separada e distinguível de cada obra que compõe o espectáculo. Somos, confessadamente, adeptos da conclusão de que o espectáculo é um caso de conexão de obras.
9. A conexão de obras em que consiste o espectáculo gera, inegável e inevitavelmente, um conjunto de situações jurisdicionais, entre autores e entre estes e o empresário do espectáculo, que se prendem, essencialmente, com duas situações: i) a de se gerarem conflitos no âmbito da utilização das obras em conjunto sob a forma de representação cénica; ii) a das utilizações em separado que os autores queiram fazer dessas obras que compõem a conexão que é o espectáculo.
10. Neste domínio, quanto ao regime que trata esta figura, seguimos o Professor Oliveira Ascensão, no sentido de que não havendo obra diferente das obras integradas no conjunto que se pretende explorar economicamente não se gera qualquer direito de autor novo sobre uma obra que seria esse conjunto ou qualquer direito de co-propriedade. A solução do Professor Oliveira Ascensão na localização das regras que regulariam as situações colocadas na conclusão anterior funda-se no previsto no Art.º 18º, n.º 2 do CDADC, recorrendo-se, por efeitos da aplicação deste preceito, às regras da boa fé. Esta regra ditaria, desde logo, por exemplo, que uma utilização, em separado, da obra de cada autor apenas será possível caso seja inócua à exploração conjunta do espectáculo.

11. Embora não consideremos que o espectáculo consiste em obra intelectual autónoma, consideramos que se trata de um bem intelectual de valor jurídico e material próprio, objecto de direitos na esfera jurídica do produtor/empresário que decorrem, não só da autorização concedida pelos autores para a representação cénica das obras, mas também do seu investimento e esforço produtivo.
12. São sujeitos do contrato de representação cénica, por um lado, o legítimo titular do direito patrimonial de autor, ou de algumas das faculdades que integram este conteúdo que lhe permita autorizar a sua representação cénica, e um empresário, na acepção que já acima referimos, que pretende explorar a representação artística pública dessa obra.
13. O objecto mediato do contrato de representação cénica é a obra representada, na medida em que certamente a obra é o bem intelectual sobre o qual o contrato disciplina a utilização que dela será efectuada. O seu objecto imediato será a faculdade de representar a obra (tal como descrita no Art.º 107º do CDADC), enquanto conteúdo do direito patrimonial de autor cujo exercício é cedido e regulado por efeitos deste contrato.
14. A causa-função do contrato de representação cénica é, parece-nos, a de facultar a exploração de determinada obra protegida pelo direito de autor, pela sua comunicação ao público, através da representação, tal como esta é entendida e nos termos do Art.º 107º do CDADC, sendo certo que a disciplina do contrato de representação cénica constante do CDADC (Art.ºs 107º e segs.) foi concebida com a preocupação essencial de proteger o autor. Entretanto, os poderes consignados no Art.º 113º daquele Código são geralmente entendidos como decorrendo do conteúdo moral do direito de autor, uma vez que visam, essencialmente, garantir a integridade e genuinidade da obra, mas pretendem, também,

tutelar o conteúdo patrimonial daquele direito, na medida em que, visam a melhor e mais coerente apresentação pública da obra, corolário do seu sucesso, logo, da sua capacidade de gerar receita.

15. Como meros poderes acessórios dos direitos à integridade e genuinidade da obra, aqueles, previstos no Art.º 113º do CDADC, são prescindíveis pelo autor, bem como exercíveis, dentro dos limites daqueles direitos de natureza moral, por titular do conteúdo patrimonial do direito de autor que não seja o criador intelectual da obra, bem como pelo empresário. Tratam-se de poderes puros e não de poderes-deveres, excepto quando, e atenta a causa-função do contrato de representação cénica, o seu exercício for essencial ao respeito por aqueles direitos de natureza moral: a integridade e a genuinidade da obra.
16. O regime jurídico do contrato de representação cénica prevê ainda direitos para o autor, decorrentes do seu conteúdo pessoal, previstos nos Art.ºs 114º e 116º do CDADC, respeitantes ao direito de retirada em caso de supressão judicial de parte da obra que a desvirtue na óptica do autor e ao direito ao inédito. O referido direito de retirada previsto no Art.º 114º do CDADC apenas se mantém sem que o autor tenha de indemnizar o produtor/empresário, caso a decisão judicial de supressão de passos da obra não decorra de culpa daquele, nomeadamente por ter ilicitamente usado obra ou parte de obra que não lhe pertencia.
17. Por último, o CDADC prevê, como não poderia deixar de ser, o direito do autor à retribuição devida pela autorização para a exploração económica da obra sob a forma de representação cénica, bem como outros direitos reflexo das obrigações do empresário, a saber, o direito a que a obra seja representada em determinado prazo, a que este leve a efeito uma responsável e adequada produção e a que o seu nome

venha identificado em todos os suportes de divulgação do espectáculo.

18. Pela celebração de um contrato de representação cénica o produtor adquire o direito a promover a representação da obra, isto é, a exibi-la, perante espectadores, através de ficção dramática, canto, dança, música ou outros processos adequados, separadamente ou combinados entre si (Art.º 117º CDADC), cabendo, ainda, ao produtor, como corolário daquele direito de representação, três poderes: i) o de produzir, isto é, preparar a representação, técnica e artisticamente; ii) o de a publicitar; e iii) o de perceber as receitas que a representação gerar. Assistem-lhe, ainda, algumas garantias de exercício do direito de representação no confronto com os poderes acessórios reconhecidos, pela lei, ao autor, para a salvaguarda da integridade da obra, nomeadamente quando o Art.º 113º, n.º 1, al. a) *in fine* do CDADC dispõe que o autor pode introduzir modificações na obra mas que estas não podem prejudicar a sua estrutura geral, não podendo diminuir o seu interesse dramático ou espectacular nem o plano (calendário) de ensaios e espectáculos, ou quando a mesma norma, na sua al. e), determina que o autor não pode usar do seu direito de se opor à exibição da obra por considerá-la insuficientemente ensaiada, protelando injustificadamente a sua apresentação, sob pena incorrer na obrigação de indemnizar o produtor por perdas e danos que esta venha a sofrer em consequência deste seu comportamento abusivo.
19. Ao produtor assiste um direito que, pese embora não estar expressamente previsto na lei portuguesa, deve considerar-se-lhe atribuído, que é o direito ao pacífico exercício do seu direito de representação cénica da obra, fundado nas regras da boa-fé.
20. Por último, é reconhecido ao produtor o *direito ao espectáculo*, nos termos do Art.º 117º do CDADC, que prevê que

a transmissão por radiodifusão sonora ou visual, a reprodução em fonograma ou videograma, a filmagem ou a exibição do espectáculo, tenham de ser autorizadas não só pelos seus criadores intelectuais (ou, em rigor, das obras que o compõem) e pelos artistas intérpretes ou executantes, mas de igual e independente modo, pelo *empresário*.

21. Entendemos que não se pode simplesmente reconduzir um contrato pelo qual uma das partes se obriga perante a sua contraparte a realizar certa obra intelectual mediante um preço ao Contrato de Empreitada, isto porque, o objecto destes contratos vai necessariamente muito para além da obra-resultado-material, abrangendo também o complexo feixe de direitos (e outras situações jurídicas) de natureza patrimonial e *quicá* moral do direito de autor. Assim, no caso das obras criadas para representação cénica, estaremos perante um contrato atípico, no entanto, sem que a sua atipicidade seja pura. Será, antes, um contrato misto entre uma prestação de serviços nominada da lei e que corresponde ao contrato de encomenda de criação de obra intelectual, mas tecnicamente atípico na medida em que não possui um modelo regulativo tendencialmente completo (Art.º 14º do CDADC), e o tipo contratual de representação cénica (Art.º 107º e segs. do CDADC), o que não significa que não se recorra, e para integração do seu conteúdo disciplinador, ao regime do contrato de empreitada.

22. As obras criadas por encomenda para efeitos de representação cénica podem ser objecto de contrato deste tipo, porquanto defendemos que no contrato pelo qual uma entidade encomenda a um criador ou a um conjunto de criadores uma obra para aquele tipo de utilização a parte que regule, no mesmo instrumento contratual, a autorização para esse efeito, constitui um verdadeiro contrato de representação cénica. Já se a entidade que encomenda a obra adquirir, originariamente, o

conteúdo material do direito de autor nos termos do Art.º 14º do CDADC, pensamos que, embora o contrato possa perder a sua natureza de autorização, as normas que visam regular os direitos de natureza pessoal do autor, como os Art.º 113º, 114º ou 116º, que tutelam, os dois primeiros, o direito à integridade da obra e o terceiro, o direito ao inédito, são de aplicação directa, excepto se afastadas expressamente pelas partes.

23. O objecto mediato do contrato de representação cénica tem de ser uma obra que vai ser representada, isto é, veiculada ao público através da sua interpretação, melhor dizendo, através da sua transmissão por artistas que a executam usando as suas capacidades de prestar uma actividade artística. Daqui decorre, então, *a contrario sensu*, que as obras integradas no espectáculo que não sejam representadas no sentido em que não são transmitidas através de interpretação ou execução artística, como é o caso dos cenários, dos figurinos, dos desenhos de luz ou do desenho de som, não são objecto deste tipo de contrato. Em nossa opinião estes contratos serão contratos de encomenda e/ou de autorização de utilização de obra, nominados na lei, respectivamente, nos Art.ºs 14º e 41º do CDADC, conforme adequado. No entanto, atento o fim destes contratos, que em parte é coincidente com o fim do contrato de representação cénica, poder-se-á recorrer ao regime deste tipo contratual para resolver dúvidas de interpretação ou colmatar lacunas que se verifiquem durante execução destas autorizações, nomeadamente em sede de retribuição (art.º 110º), de prova de autorização do autor (Art.º 111º) ou em sede de obrigações do empresário quanto aos esforços para a apresentação das mesmas nas melhores condições possíveis (Art.º 115º, n.º2).

24. O contrato de representação cénica é um contrato de autorização. Na verdade, o contrato de representação cénica não atribui ao produtor, salvo convenção em contrário, o

direito exclusivo da comunicação da obra por esse meio. Assim, consiste, em regra, num contrato apenas oponível *inter partes*, mantendo o autor o direito sobre aquela utilização da obra em simultâneo com o produtor. Acrescente-se, ainda, que o facto de a autorização concedida pelo contrato para representação cénica poder ser exclusiva não altera, só por si, a sua natureza de autorização, na medida em que sabemos que aquela pode estar limitada, territorialmente, o que fará com que o direito se mantenha na esfera jurídica do titular com possibilidade de exercício noutro território.

25. O elemento que distingue a representação da recitação e da execução é a existência de jogo cénico. A diferença entre recitação e execução reside, apenas, no tipo de obra que é comunicada ao público. Enquanto na recitação é a apresentação de uma obra literária que constitui o objecto de comunicação, na execução será uma obra musical, com ou sem palavras, e, em ambos os casos, interpretadas ao vivo mas sem jogo cénico, pois caso contrário tratar-se-ia de representação cénica.

26. Em vez de utilizar o termo *empresário*, usado no âmbito da representação cénica, a lei passa a apelidar a figura do organizador de espectáculos de recitação ou da execução de *promotor*. Ora, nos casos em que o promotor de espectáculos leva a cabo o investimento e as tarefas de organização, planeamento e gestão de recursos para efeitos de preparação e apresentação de um espectáculo deve ser qualificado como empresário ou produtor de espectáculos. E isto mesmo leva-nos a afirmar que ao promotor são reconhecidos os mesmos direitos de *promover a recitação e a execução das obras* no sentido que atribuímos a esta expressão quando analisámos o contrato de representação cénica, a saber, o direito de produzir, de divulgar, de exhibir cenicamente e de perceber as receitas decorrentes da sua apresentação pública, e ainda, um verdadeiro direito ao espectáculo.

27. O exclusivo em que consiste o direito ao espectáculo tem como fundamentos a retribuição do investimento do produtor e a sustentabilidade deste tipo de actividade que se mostra essencial para a promoção da criação artística e do desenvolvimento cultural da humanidade.
28. O costume tem sido apontado pela doutrina como a fonte do direito ao espectáculo. De facto, existe na sociedade (portuguesa e internacional) um uso, caracterizado pela convicção da sua obrigatoriedade, de que ao organizador de um espectáculo cabe um direito exclusivo sobre o seu ulterior aproveitamento por terceiros, mormente, sobre a sua reprodução, distribuição e comunicação pública.
29. No que concerne ao direito ao espectáculo no âmbito do desporto a sua previsão legal é inexistente nos termos do actual Art.º 49º da LBAFD, pelo que entendemos poder continuar a identificar a sua fonte como de origem consuetudinária. Entendemos que a constituição de um direito de fonte consuetudinária não viola o princípio da tipicidade, porquanto o costume é fonte privilegiada de Direito.
30. Já no que respeita ao direito ao espectáculo de natureza artística a questão não se coloca da mesma forma, uma vez que entendemos que o citado Art.º 117º do CDADC equivale a uma verdadeira consagração legal do direito ao espectáculo dos produtores de espectáculos de natureza artística.
31. Quanto ao tratamento dado ao direito ao espectáculo no direito comparado começemos por destacar o direito alemão que positiva o direito ao espectáculo, e o regula por remissão para o conteúdo do direito de autor. No mais, as restantes ordens jurídicas não vêm este direito previsto na lei para os produtores de espectáculos de natureza artística. Pese embora no direito brasileiro também se encontrar positivado um direito sobre o evento, este abrange, somente, o espectáculo desportivo - é o chamado direito de arena. No direito italiano

reclama-se doutrinariamente a positivação de um direito ao espectáculo para os produtores de espectáculos de natureza artística, assim como no direito francês, reclamando-se tratamento igual face aos organizadores de eventos desportivos aos quais é legalmente reconhecido o direito exclusivo de exploração audiovisual dos eventos que organizam. Nos dois principais países da *common law* o assunto é tratado de forma (quase) diametralmente oposta. No ordenamento inglês, não existe previsão legal ou qualquer reconhecimento jurisprudencial de um direito de propriedade ou de outra natureza sobre um evento organizado por uma entidade (nem mesmo se reconhecendo o mesmo quanto aos espectáculos desportivos). No direito norte-americano parece haver um reconhecimento jurisprudencial de um direito sobre o resultado de uma actividade organizativa, no âmbito do desporto, que poderá fundamentar os direitos dos produtores de espectáculos.

32. São titulares do direito ao espectáculo as entidades que ou investem na sua produção ou assumem o risco da sua exploração económica, independentemente de qual destas desenvolve o processo produtivo de concretização material do espectáculo, sendo que o desempenho deste esforço sem um daqueles dois posicionamentos, não é suficiente, em nossa opinião, para fazer de certa pessoa jurídica, titular do direito ao espectáculo. Razão pela qual concluímos que, verificando-se face a um promotor de um espectáculo de recitação ou execução a aplicação de investimento e a assunção do risco na apresentação do espectáculo, este será titular do direito ao espectáculo. Podemos ainda encontrar titulares derivados do direito ao espectáculo. Pode ser o caso de uma entidade exploradora de uma sala de espectáculos que não é a produtora do evento (que neste caso não invista nem assuma qualquer risco na sua exploração porque apenas loca a sala e respectivo

equipamento), e que adquire, por contrato, junto do empresário/produtor do espectáculo o direito a comercializar a fixação, reprodução, distribuição ou a comunicação pública do espectáculo.

33. Existem três casos de co-titularidade do direito ao espectáculo: i) nos casos de co-produção em que todas as partes co-produtoras tenham investido na sua concepção ou corram risco na exploração económica do espectáculo; ii) no caso da mera apresentação do espectáculo em sala cuja entidade exploradora apenas corra o risco económico dessa sua exibição mas não tenha produzido a concepção do espectáculo, limitado à apresentação que seja feita nessa mesma sala; iii) no caso de apresentação de espectáculo já produzido (isto é já materialmente concebido) inserida numa organização mais vasta que é a de um outro evento maior (nomeadamente um Festival), limitado apenas à apresentação que seja feita no âmbito desse evento.

34. Em caso de fixação do espectáculo em fonograma ou videograma ou mesmo em caso de radiodifusão do espectáculo, constituem-se na ordem jurídica novos titulares de direitos conexos sobre o espectáculo. Não já sobre o espectáculo - enquanto bem como valor autónomo, enquanto sequência de prestações artísticas de interpretação ou execução de obras sob a forma de representação cénica ou de espectáculo de recitação ou de execução musical -, mas sobre os registos efectuados e sobre a emissão radiodifundida. São titulares destes direitos conexos os produtores do fonograma ou do videograma no qual se encontra registado o espectáculo e ainda o organismo de radiodifusão que o emite.

35. O objecto do direito ao espectáculo é o evento resultado da actividade do respectivo produtor, enquanto sequência concreta de prestações artísticas (ou desportivas), suportadas por certos e determinados artefactos materiais que, em

conjunto, geram um resultado visual, ou visual e sonoro, que será apresentado, observado e consumido pelos espectadores presentes. E isto, independentemente de se realizar em local público ou privado (entenda-se, fechado ou de acesso condicionado) ou de acesso gratuito ou oneroso.

36. O conteúdo do direito ao espectáculo estabelecido no Art.º 117º do CDADC confere ao produtor de espectáculos o direito exclusivo de autorizar ou proibir a reprodução, a distribuição ou a comunicação pública por terceiros dos espectáculos por si produzidos ou co-produzidos.

37. Há, ainda, que equacionar se será justo e aceitável, face ao investimento efectuado e tutelado pelo *direito ao espectáculo*, que, em caso de espectáculo co-produzido, um dos empresários possa voltar a apresentar o espectáculo, usando meios como o cenário e os figurinos adquiridos para o espectáculo (primitivo) inicial, sem autorização da contraparte e sem com esta partilhar qualquer receita. Pensamos que não será justo e que será matéria a regulamentar.

38. O direito ao espectáculo, à semelhança do direito de autor e dos direitos conexos está sujeito ao princípio da territorialidade, nos termos dos Art.ºs 63º e segs. do CDADC.

39. Por limites do direito ao espectáculo devem entender-se os mecanismos jurídicos que contraem o exclusivo do seu titular, impondo destinações ao bem intelectual que lhe cabe, sem que este se possa opor, e que decorrem de conflitos com outros direitos e interesses legalmente protegidos. Desde logo, o direito ao espectáculo encontra-se sujeito ao princípio do esgotamento, excepto no que respeita aos direitos de aluguer e comodato de suportes que contenham o espectáculo (Decreto-Lei n.º 332/97, de 27 de Novembro), já que nenhuma razão ou fundamento se nos representa razoável para que este devesse constituir uma excepção à aplicação daquele princípio e do seu respectivo regime jurídico integral.

40. O direito ao espectáculo, na sua vertente de espectáculo de natureza artística objecto do nosso estudo, constitui um limite ao direito à informação a dois níveis: i) porquanto limita o acesso a pessoas e bens (jornalistas e seus artefactos) aos locais onde se realizem os espectáculos, garantindo a integridade artística e a pacífica e adequada assistência pelo público; ii) porquanto limita a quantidade de imagens e/ou sons a fixar e difundir, num *quantum* que se determina com base no critério de que devem ser fixados e transmitidos os períodos mínimos de duração que permitam um correcto cumprimento do dever de informação, mantendo-se o resto no direito exclusivo do produtor do espectáculo. Em bom rigor, ambos os direitos, ao espectáculo e à informação, constituem limites recíprocos, pois o Art.º 189º, n.º 1 al. b) do CDADC, prevê, por sua vez, como limite aos direitos conexos ao direito de autor a utilização de excertos (na lei de fonogramas ou videogramas) que se justifiquem *por propósito de informação* e que entendemos ser aqui aplicável. Também não existe razão, do ponto de vista do equilíbrio/justiça do sistema, para que se isente o direito ao espectáculo dos limites determinados pelas chamadas utilizações livres, desde que não ponham em causa o conteúdo essencial deste aludido direito, pelo que o entendemos sujeito a estas utilizações.

41. Embora nos pareça que no domínio da duração do direito ao espectáculo exista uma lacuna de regulamentação legal, deve considerar-se que o mencionado direito tem a duração de 50 (cinquenta) anos a contar da data da sua primeira apresentação pública, por integração da lacuna por recurso à aplicação analógica do Art.º 183º, n.º 1 do CDADC.

42. Chegou o momento de enquadrarmos tecnicamente a aplicação dos limites impostos pelas utilizações livres e da duração dos direitos conexos dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores de fonogramas e de videogramas e

dos organismos de radiodifusão, ao direito ao espectáculo. É que, não obstante o princípio da tipicidade aplicável aos direitos de propriedade intelectual, entendemos ser possível o recurso à integração pela analogia quando está em causa a aplicação do regime de um direito de uma natureza a outro direito da mesma natureza. Como ao longo da presente investigação acabámos, como veremos, por concluir que o direito ao espectáculo tem natureza conexa ao direito de autor, permitimo-nos esta integração analógica.

43. Assim, afirmemos agora, quanto à natureza jurídica do direito ao espectáculo previsto no Art.º 117º do CDADC, isto é, o direito sobre os espectáculos de representação cénica, recitação ou execução, que este é, em nossa opinião, um direito de natureza intelectual, de exclusivo, absoluto e conexo ao direito de autor, neste último caso porque, na mesma óptica do direito conexo dos produtores de fonogramas e de videogramas, o direito ao espectáculo pretende tutelar um investimento em meios que, maioritariamente, servem para veicular obras e prestações artísticas.

44. Para nós, que entendemos que o direito ao espectáculo do respectivo produtor é um verdadeiro direito conexo ao direito de autor, a violação ilícita deste direito integra, antes de mais, o instituto da responsabilidade civil, sujeitando-se o lesante a ser condenado ao pagamento de indemnização de acordo com os critérios de cálculo especiais previstos no Art.º 211º do CDADC. Neste seguimento, o produtor do espectáculo tem ainda à sua disposição todos os meios próprios da defesa dos direitos conexos ao direito de autor previstos nos Art.ºs 210º-A e segs. do CDADC.

45. O recurso ao enriquecimento sem causa, face às fórmulas de cálculo daquele Art.º 211º do CDADC - que define indemnizações acima do prejuízo concreto do lesado ou que define, em caso de impossibilidade de determinação daquele

prejuízo concreto, uma indemnização mínima idêntica ao que o lesado receberia caso tivesse concedido a devida autorização (isto é, num *quantum* em valor mínimo idêntico ao empobrecimento do lesado) -, permanece apenas, parece-nos, na hipótese em que falte um dos pressupostos da responsabilidade civil: em que não haja culpa do agente. Por último, pensamos que a defesa do direito ao espectáculo admite ainda, nos termos do corpo do Art.º 317º do CPI, o recurso ao instituto da concorrência desleal.

46. Tentámos que todas as conclusões aqui retiradas no que respeita ao regime do direito ao espectáculo o fossem da forma científico-jurídica mais correcta possível, no entanto, em alguns casos, com necessidade de recurso a soluções integrativas de lacunas que não concorrem para a desejável segurança jurídica na sua aplicação. Assim, por razões de certeza e segurança jurídica, pensamos que urge legislar sobre esta matéria.

BIBLIOGRAFIA

A

Abromson, Henri M., The copyrightability of sports celebration moves: dance fever or Just palin sick?, *Marquette sports and law review*, Milwaukee, Vol. 14, n.º 2, Spring 2004, pp. 571 a 601

Alonso, Alberto Valdés e Elena Benzal Medina, *Derechos inmateriales sobre la difusión se espectáculos deportivos*, *Revista jurídica del deporte*, Pamplona, n.º 12 (2004), pp 265 a 275

Ammendola, Maurizio, *Rappresentazione e esecuzione (contratto di)*, *Annali Italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, Anno I, 1992, Guiffrè Editore, Milão 1993, pp. 163 a 189

Ascensão, José de Oliveira, *A tipicidade dos Direitos Reais*, Editorial Minerva, Lisboa, 1968

Uma inovação da Lei Brasileira: O Direito de Arena, *Revista Direito e Justiça*, Vol. I, 1980, pp. 91 a 102

Direito à Informação e Direito ao Espectáculo, *Revista da Ordem dos Advogados* (separata), Ano 48, Abril, 1988, pp. 15 a 35

O Direito ao Espectáculo, *Estudos em memória do Professor Doutor Paulo Cunha*, Lisboa, 1989, pp. 133 a 149

Direito Civil, Direito de Autor e Direitos Conexos, Coimbra Editora, Coimbra, 1992

Direito Civil, Reais, Coimbra Editora, Coimbra, 1993

O Direito, Introdução e Teoria Geral, Uma perspectiva Luso-Brasileira, 7^a Edição Revista, Almedina, Coimbra, 1993

Direito de Distribuição e Esgotamento, Separata da Revista da Ordem dos Advogados, Ano 51, Vol. III, Lisboa, Dezembro de 1999, pp. 625 a 638

O costume como fonte de direito em Portugal, in AAVV, Seminario Internacional de Estudios sobre la Tradición, Facultad de Derecho de Cáceres, 9 y 10 de Noviembre de 1998, La costumbre, el derecho consuetudinario y las tradiciones populares en Extremadura y Alentejo / Luis Felipe Ragel Sánchez, coordinado por Eloy Martos Núñez y Miguel Ángel Encabo Vera, Editora Regional de Extremadura, Mérida, 2000, pp. 33 a 38

Bases de Dados Electrónicas: O Estado da Questão em Portugal e na Europa, Direito da Sociedade da Informação, Vol. III, Separata, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pp. 9 a 26

Concorrência Desleal, Almedina, Coimbra, 2002

Titularidade de Licença de Emissor de Televisão e Direito ao Espectáculo (no rescaldo do litígio S.L. Benfica/Olivedesportos, Estudos em Homenagem à Professora

Doutora Isabel de Magalhães Collaço, Vol. II (separata),
Almedina, Coimbra, 2002, pp. 295 a 312

Concorrência Desleal: As Grandes Opções, Nos 20 anos do
Código das Sociedades Comerciais, Homenagem aos
Professores Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de
Carvalho e Vasco Lobo Xavier, Vol. I, Coimbra Editora,
Coimbra, 2007, pp. 119 a 138

Assumna, Giorgio e Giuseppe Corasanti (Coord.), Codice del Diritto
D'Autore e dello Spettacolo, CEDAM Ed., Milão, 1996

B

Barr-Smith, Adrian, United Kingdom, in AAVV, TV Rights and Sports
Legal Aspects, organizado por Ian Blackshaw e Steve Cornelius,
Robert Siekman Editores, Haia, 2009, pp. 549 a 565

Bercovitz, Rodrigo (organizado por), Comentarios a la Ley de
Propriedad Intelectual, Madrid, 1989

Bertani, Michel, Impresa Culturale e diritti esclusivi, Quaderni di
Annali Italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo,
N.º 4, Guiffre Editore, Milão, 2000

Bertels, Berry, Highlights of Dutch (sports) Jurisprudence 2001, The
International Sports Law Journal, nr. 7, II Volume, 2001, p. 8

Berry, Robert C. e Elenn M. Wong, Law and Business of the Sports
Industries - Common Issues in Amateur and Professional Sports, Vo.
II, 2nd Edition

Boyth, György, The Hungarian Law – on the rights of authors, performers, phonograms producers, broadcasting organizations and film makers, in a nutshell, Budapest, 1996

C

Carvalho, Alberto Arons de, António Monteiro Cardoso e João Pedro Figueiredo, Legislação anotada da Comunicação Social, Casa das Letras, Lisboa, 2005

Carvalho, Orlando de, Critério e Estrutura do Estabelecimento Comercial, Vol. I, O Problema da Empresa como Objecto de Negócios, Atlântida Editora, Coimbra, 1967

Carvalhosa, Sofia de Barros, O Direito à Imagem do Praticante Desportivo Profissional, Universidade Lusíada Editora, Lisboa, 2008

Chaves, João Carlos Müller, *Os produtores de fonogramas*, Num novo mundo do direito de autor?, II Congresso Ibero-Americano de Direito de Autor e Direitos Conexos, Vol. II, Lisboa, Novembro de 1994, pp. 575 a 582

Cordeiro, António de Menezes, Manual de Direito Comercial, Almedina, Coimbra, 2007

Direitos Reais, Lex, Lisboa, 1993

Cotterell, Leslie E., The business and law of entertainment, 3rd Edition, Sweet and Maxwell, Londres, 1993

Cura, António A. Vieira, *O Costume como Fonte de Direito em Portugal*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. LXXIV, Coimbra, Outubro 1999, pp. 241 a 272

D

Dietz, Adolf, *El Derecho de Autor en España y Portugal*, Ministerio de Cultura, Madrid, 1992

F

Festas, David Fernandes de Oliveira, *Do conteúdo patrimonial do direito à imagem – Contributo para um estudo do seu aproveitamento consentido e inter vivos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009

Ferrati, Teresamaria, *Protezione dello Spectacollo e Radiotelevisione*, Rivista di Dotrine e Giurisprudenza, Ano XIX, NS, N.º 5, Setembro a Outubro de 1966, Dott. A. Giuffrè Editore, Milão, 1966, pp. 600 a 611

Fernandes, Luís A. Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. I, 2ª Edição, Lex, Lisboa, 1995

G

Gautier, Pierre-Yves, *Les droits d l'auteur d'une pièce de Théâtre (Du contrat de représentation)*, Droit et Théâtre, Presses Universitaires de Aix, Marseille, 2003, pp. 11 a 19

Geneste, Bernard e Veronique Legros, *Les images du Sport: Le statut de retransmission au regard du droit communautaire de la*

concurrence, Revue des affaires européennes, Paris, Ano 11-12, n.º 3, 2001-2002, pp. 382 a 389

Geraldes, António Santos Abrantes, Indemnização por Infracção aos Direitos de Propriedade Intelectual, disponível em http://www.cjlp.org/materias/indemnizacao_infraccao_direitos_propriedade_intelectual.html

Gonçalves, Luís M. Couto, *Concorrência Desleal*, Estudos em Memória do Prof. Doutor António Marques dos Santos, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 1025 a 1052

Gordon, Fenn, *The Touring Manual: a guide to touring the performing arts in New Zealand*, Creative New Zealand, Wellington, 2007

Greco, Paolo, *Il diritti sui beni immateriali*, G. Giappichelli – Editore, Turim, 1948

e Paolo Vercellone, *I diritti sulle opere dell'ingegno*, Union Tipografico – Editorice Torinese, Turim, 1974

Guimarães, José Castro, Reflexão sobre o actual Art.º 211º do Código do Direito de Autor, disponível em <http://www.emdireito.com/reflexao-codigo-direitos-autor>

H

Harrington, Dan, *Sports Rights & the Media – Part One – Public Domain or Private Property?*, Sports Law Administration & Practice, Volume 8, Nr. 5, Dezembro 2001, pp. 9 a 12

Sports Rights & the Media – Part Two, Sports Law Administration & Practice, Volume 9, Nr. 1, Fevereiro, 2002, pp. 8 a 12

Houaiss, Antônio e Mauro Villar, Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, Instituto Antônio Houaiss de Lexicografia Portugal, Lisboa, 2005

J

Jackson, Steven J., *Global Sports Marketing, Indigenous Culture, and Intellectual Property Rights: The case of the New Zealand All Blacks Haka*, The International Sports Law Journal, nr. 7, II Volume, 2001, pp. 10 a 12

K

Kamina, Pascal, *Towards new forms of neighbouring rights within the European Union?* Intellectual Property in the New Millennium, Essays in Honour of William R. Cornish, Cambridge, 2004, pp. 280 a 288

L

Latorre, Angel, Introdução ao Direito, Almedina, Coimbra, 1978

Lazo, Antonio Villegas, El contrato de espectáculo en el fútbol y algunos temas afines, Revista jurídica de deporte y entretenimiento, Cizur Menor, n.º 22, 2008, pp. 301 a 311

Leitão, Adelaide Menezes, *A tutela dos direitos de Propriedade Intelectual na Directiva 2004/48/CE*, Direito da Sociedade da Informação, Vol. VII, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 173 a 205

Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes, O Enriquecimento sem Causa no Código Civil de 1966, Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 15 a 37

A transposição da Directiva 2004/48/CE sobre a aplicação efectiva dos direitos de propriedade intelectual efectuada pela Lei 16/2008, de 1 de Abril, Direito da Sociedade da Informação, Vol. VIII, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 281 a 293

Lentze, Goerge, *Co-ownership of Television Sports Rights*, International Media Law, Vol. 16, nr. 6, Junho, 1998, pp. 43 a 45

Loffredo, Elisabetta, *L'impresa di spettacoli, anche sportivi*, Annali Italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo, Anno XVI, 2007, Guiffrè Editore, Milão 2008, pp. 313 a 339

Lourenço, Paula Meira, A indemnização punitiva e os critérios para a sua determinação, disponível em

<http://www.stj.pt/nsrepo/cont/Coloquios/indemnizacao%20punitiva-paula%20meira%20lourencopdf.pdf>

M

Mayr, Carlo E., *Il produttore teatrale*, Annali Italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo, Anno XIV, 2005, Guiffrè Editore, Milão, 2006, pp. 351 a 375

Marques, José Augusto Garcia, *Direito à Informação versus direito ao espectáculo: os direitos exclusivos*, Revista do Ministério Público, Separata, n.º 56, Lisboa, 1993, pp. 99 a 110

Mello, Aberto de Sá, *O Direito Pessoal de Autor no Ordenamento Jurídico Português*, Temas de Direito de Autor, Sociedade Portuguesa de Autores, Lisboa, 1989

Filmagen de Espectáculos Desportivos «Direito de Arena», reacciones Audiovisuales y Propriedad Intelectual – Cuestiones Puntuales, Madrid, 2001, pp. 31 a 68

Contrato de Direito de Autor – A autonomia contratual na formação do direito de autor, Almedina, Coimbra, Março, 2008

Tutela Jurídica das Bases de Dados (a transposição da Directiva 96/9/CE), Direito da Sociedade da Informação, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pp. 111 a 161

Meirim, José Manuel, *Lei de Bases da Actividade Física e do Desporto*, Estudo, Notas e Comentários, Coimbra Editora, Coimbra, 2007

Moore, Craig, *Sports Law and Litigation*, 2nd Edition, CLT Professional Publishing, Hertfordshire, 2000

Moulakis, Athanasios, *La fuerza della consuetudine*, Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, IV Série, LIX, Giuffrè Editore, Milão, 1982, pp. 232 a 246

N

Nova, Giorgio di, *Il Tipo Contrattuale*, Tipicità e Atipicità nei Contrati, Quaderni di Giurisprudenza Commerciale, n.º 53, 1983

O

Oliveira, Pedro António Maia, A negociação centralizada de direitos televisivos na óptica do direito da concorrência, Compilações doutrinárias, Verbojurídico, Março, 2009, disponível em www.verbojuridico.com

P

Pimenta, José da Costa, *Propriedade do Espectáculo e Liberdade de Acesso às Fontes de Informação*, Polis, Revista de Estudos Jurídico-Políticos, Lisboa, Ano 1, n.º 1, Outubro-Dezembro 1994, pp. 55 a 87

Pereira, Alexandre Libório Dias, *Contratos de Patrocínio Publicitário ('Sponsoring')*, Separata da Revista da Ordem dos Advogados, Ano 58, I, Lisboa, Janeiro, 1998, pp. 317 a 335

Arte, Tecnologia e Propriedade Intelectual, Separata da Revista da Ordem dos Advogados, Ano 62, II, Lisboa, Abril, 2002, pp. 467 a 485

Pereira, Jorge de Brito, Do conceito de obra no Contrato de Empreitada, Separata da Revista da Ordem dos Advogados, Ano 54, Vol. II, Lisboa, 1994, pp. 871 a 893

R

Rebello, Luiz Francisco, Introdução ao Direito de Autor, Vol. I, Sociedade Portuguesa de Autores/Publicações Dom Quixote, Lisboa, 1994

Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos
Anotado, Editora Âncora, 3^a Edição, Lisboa,
Dezembro de 2002

Rocha, Maria Victória, A originalidade como requisito de protecção da obra pelo Direito de Autor: algumas reflexões, disponível em <http://www.verbojuridico.com/doutrina/autor/originalidade.html>

S

Sánchez, Luis Felipe Rogel, El Contrato de Representación Teatral, Collección de Propriedad Intelectual, Editorial Reus, Madrid, 2003

Sanctis, Vittorio M. De e Mario Fabiani, I Contratti di Diritto di Autore, Dott. A. Giuffrè Editore, Milão, 2007

Sanjuán, Nerea, *Derechos de imagen y derechos audiovisuales en el deporte profesional*, Revista jurídica del deporte, Pamplona, n.º 12 (2004), pp. 277 a 310

Santos, Elsa Sequeira, *Analogia e Tipicidade em Direitos Reais*, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles, Vol. IV., Almedina, Coimbra, Novembro, 2003, pp. 465 a 494

Santos, Filipe Cassiano dos, *Direito Comercial*, Vol I, Dos Actos de Comércio às Empresas: o regime dos contratos e mecanismos comerciais no Direito Português, Coimbra Editora, Coimbra, 2007

Schechter, Roger E. e John R. Thomas, *Intellectual Property – The Law of Copyrights, Patents and Trademarks*, Estados Unidos da América, 2003

Shenton, Mark e Hermione Hoby, *Can a filmed stage show be as good as the real thing?*, The Observer, 6 de Março de 2011, disponível em <http://www.guardian.co.uk/theobserver/2011/mar/06/national-theatre-live-frankenstein>

Silance, Luc, *L'organisation de spectacles sportifs et l'athlète : les droits «intellectuels»*, in **AAVV**, *Le spectacle sportif: actes du Colloques de Limoges du 12 au 14 Mai 1980*, Presses Universitaires de France, Publications de la Faculté de Droit et des Sciences Economiques de Limoges, Limoges, 1981, pp. 147 a 158

Silva, Pedro Sousa e, *O «Esgotamento» de direitos industriais*, *Direito Industrial*, Vol. I, Coimbra, Janeiro 2001, pp. 453 a 480

Solmer, Antonino (Dirigido por), *Manual de Teatro*, Edições do Instituto Português das Artes do Espectáculo, Lisboa, Março, 1999

Sousa, António de, *Introdução à Gestão, Uma abordagem Sistémica*, Editorial Verbo, Lisboa, 1999

Spà, Miquel de Moragas, Comunicación y deporte en la era digital, Sinergías, contradicciones y responsabilidades educativas, disponível em

http://ddd.uab.cat/pub/worpaper/2007/hdl_2072_5021/WP107_spa.pdf

Stella, Teresa, *Sul diritto di riproduzione degli spettacoli sportivi (comentário)*, Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni, Pádua, a. 88, Parte Segunda, n.ºs 5 e 6 (Maio, Junho), 1990, pp. 249 a 259

T

Telles, Inocêncio Galvão, Introdução ao Estudo do Direito, Vol. I, 11ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra 2001

Thomas, Tom e Ross Thomson, *Negotiation, bundling and competition law – current issues facing those involved in sports broadcasting rights*, Sports Law Administration & Practice, Volume 11, Nr. 5, Outubro 2004, pp. 1 a 5

V

Vasconcelos, Pedro Pais, Contratos Atípicos, Almedina, Coimbra, 2009

O problema da tipicidade dos valores mobiliários,
Direito dos valores mobiliários / Instituto dos
Valores Mobiliários, Vol III, Coimbra Editora,
Coimbra, 2001, p. 61 a 72

Vide, Carlos Rogel, e Eduardo Serrano Gómez, Manual de Derecho de Autor, Collección de Propriedad Intelectual, Editorial Reus, Madrid, 2008

Vinagre, Marta, *Costume: forma de expressão do direito positivo*, Revista de Informação Legislativa, Ano 25, n.º 99, Julho a Setembro 1988, Publicação da Secretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, Brasília, 1988, p. 109 a 126

Vieira, José Alberto, A Estrutura do Direito de Autor no Ordenamento Jurídico Português, Edição da Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1992

Pluralidade de Autores, Pluralidade de Obras e Criação de Obra Protegida pelos Direito de Autor, Tese de Mestrado, Encadernação da Biblioteca da Faculdade de Direito de Lisboa, 1993

Vitorino, António Macedo de, A Eficácia dos Contratos de Direito de Autor, Almedina, Coimbra, 1995

X

Xavier, Alberto, Os princípios da legalidade e da tipicidade da tributação, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1978

Xavier, António, As Leis dos Espectáculos e Direitos Autorais - Do Teatro à Internet, Almedina, Coimbra, Novembro, 2002

W

Wagner, Emmanuel, *Aspects Juridiques du reportage sportif*, in **AAVV**, Le spectacle sportif: actes du Colloques de Limoges du 12 au 14 Mai

1980, Presses Universitaires de France, Publications de la Faculté de Droit et des Sciences Economiques de Limoges, Limoges, 1981, pp. 159 a 174

Wise, Aaron N., *Le “Droit de Propriété” sur un spectacle sportif points de vue de différentes jurisdictions*, Revue Juridique et Economique du Sport, Ed. Lamy, Paris, n.º 44, Setembro 1997, pp. 5 a 20

Wolohan, John T., United States, in AAVV, TV Rights and Sports Legal Aspects, organizado por Ian Blackshaw e Steve Cornelius, Robert Siekman Editores, Haia, 2009, pp. 567 a 586

Wong, Elenn M., Essentials of Sportslaw, 3rd Edition, Ed. Praeger, Connecticut, USA, 2002

Outros documentos

Beyond Live – Digital innovation in the performing arts, National Endowment for Science, Technology and the Arts (Reino Unido), disponível em <http://www.nesta.org.uk/library/documents/Beyond-Live-report.pdf>

Deliberação 2/DAC/2007 do Conselho Regulador da Entidade Reguladora para a Comunicação Social, disponível em <http://www.erc.pt/download/YToyOntzOjg6ImZpY2hlaXJvIjtzOjM4OiJtZWRpYS9kZWNPc29lcy9vYmplY3RvX29mZmxpbmUvMzg0LnBkZiI7czo2OiJ0aXR1bG8iO3M6MjA6ImRlbGliZXJhY2FvLTJkYWMyMDA3Ijt9/deliberacao-2dac2007>

O Sector Cultural e Criativo em Portugal, Estudo para o Ministério da Cultura, Relatório Final, Augusto Mateus e Associados, Sociedade de Consultores, Limitada, Janeiro 2010, disponível em

[http://www.portaldacultura.gov.pt/imprensa/Pages/20091022_Estu
do_Sector_Cultural_Criativo_Portugal.aspx](http://www.portaldacultura.gov.pt/imprensa/Pages/20091022_Estu_do_Sector_Cultural_Criativo_Portugal.aspx)

Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República de 28 de Agosto de 1985, Boletim do Ministério da Justiça n.º 353, pp. 137 a 155

Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República n.º 17/93, Boletim do Ministério da Justiça, disponível em [http://www.dgsi.pt/pgrp.nsf/Por+Relator/D5DA082E5232B5E88025
661700420EE3/?OpenDocument](http://www.dgsi.pt/pgrp.nsf/Por+Relator/D5DA082E5232B5E88025661700420EE3/?OpenDocument)

Public Service Broadcasting: Europe's Opportunity – Conferência Organizada pela European Broadcasting Union, 29 e 30 de Novembro de 1993, Exposição, Síntese e Declarações, Publicada pela Broadcasting Union, 1993